Série A N° 171

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

L'AVORTEMENT, EN DROIT PÉNAL, DEPUIS LE CODE DE LA FAMILLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Madame G. DUMOLIN DU FRAISSE
Avocat stagiaire au Barreau de Clermont-Ferrand

Jury de la Thèse
Président : M. Joseph DELPECH, *Doyen.*
Suffragants : MM. Alfred BEAUCOURT, *Professeur.*
Daniel BASTIAN, *Professeur,*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5e

1944

DUMOLIN DU FRAISSE (G.). —

L'avortement, en droit pénal, depuis le Code de la famille.

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944, in-8°, 224 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1944*).

DUMOLIN DU FRAISSE (G.). —

L'avortement, en droit pénal, depuis le Code de la famille.

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944, in-8°, 224 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1944*).

DUMOLIN DU FRAISSE (G.). —

L'avortement, en droit pénal, depuis le Code de la famille.

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944, in-8°, 224 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1944*).

DUMOLIN DU FRAISSE (G.). —

L'avortement, en droit pénal, depuis le Code de la famille.

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944, in-8°, 224 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1944*).

L'avortement, en droit pénal, depuis le Code de la Famille

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 171

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

L'AVORTEMENT, EN DROIT PÉNAL, DEPUIS LE CODE DE LA FAMILLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Madame G. DUMOLIN DU FRAISSE
Avocat stagiaire au Barreau de Clermont-Ferrand

Jury de la Thèse
Président : M. Joseph DELPECH, *Doyen.*
Suffragants : MM. Alfred BEAUCOURT, *Professeur.*
Daniel BASTIAN, *Professeur,*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5e
—
1944

A MES PARENTS

A MON MARI

A MA FILLE

MEIS ET AMICIS

INTRODUCTION

L'avortement, attentat à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat

Si l'on considère, depuis un siècle environ, le chiffre absolu de la population de la France, on peut constater une notable augmentation : on ne peut donc pas dire que la France se dépeuple. Mais si l'on compare les chiffres de la population française, aux chiffres de la population des autres nations d'Europe, on voit aussitôt que la France a une population sensiblement inférieure à celle de l'Allemagne ou de l'Angleterre par exemple. D'une façon relative, la France se dépeuple et non pas parce qu'elle a des décès en nombre excessif ou des émigrations nombreuses, mais plutôt parce qu'elle subit une crise de natalité.

En 1876, il y avait en France, 1.022.000 naissances [1].

En 1913, on comptait seulement 790.000 naissances.

En 1938, ce chiffre s'abaisse à 613.000 naissances, soit donc une diminution de 49% des naissances en 60 ans.

Le taux de notre natalité a subi une diminution plus rapide encore que celui de notre mortalité : à tel point qu'au moment de la déclaration de guerre en 1939, le chiffre des décès était supérieur chez nous à celui des naissances. La France perdait ainsi chaque année 35.000 Français. La vitalité de la France à la veille de la guerre s'en trouvait fort amoindrie, ce qui n'a pas été et ne reste pas encore sans fâcheuses conséquences militaires, économiques, financières, morales et sociales.

Comparons le chiffre de population de la France à celui de la population européenne : nous remarquons qu'en 1650, la population de la France constituait le 1/5 de la population euro-

1. Boverat, *Fécondité ou servitude*, p. 1.

péenne : en 1800, le 1/6 seulement ; en 1850, le 1/10 ; en 1900, le 1/12. En 1938 la population de la France se trouve réduite à 42 millions d'habitants ; alors que l'Allemagne avait passé de 35 millions d'habitants à 80 millions, l'Angleterre de 21 millions à 47 millions, l'Italie, de 20 millions à 44 millions. L'Allemagne a vu ses naissances atteindre le chiffre de 1.645.000 en 1939. On peut constater qu'il est né 1 français pour 3 allemands. L'Allemagne voyait sa population augmenter de 5000.000 habitants par an à la veille de la guerre, l'Italie de 400.000, l'Espagne et la Suisse relevaient également leur natalité.

On peut penser avec Bergson [1] que, « ce qui est certain, c'est que l'Europe est surpeuplée, que le monde le sera bientôt et que si l'on ne rationnalise pas la production de l'homme lui-même, comme on commence à le faire pour son travail, on aura la guerre. Laissez faire Vénus, elle vous amènera Mars ». Mais ne pourrait-on pas dire, aussi, devant ces statistiques, que la diminution considérable de notre population relative par la carence de naissances a été partiellement la cause, sinon de la guerre, du moins de notre désastre.

Au cours de l'histoire, on a pu constater que le dépeuplement rend presqu'inévitable les guerres. « Quand une nation grossissante en coudoie une autre plus clairsemée qui par suite, forme un centre de dépression, il s'établit un appel d'air vulgairement appelé invasion » [2]. La force vitale d'un peuple compte, parmi ses éléments, l'accroissement du chiffre de ses naissances ; c'est une condition primordiale de la prospérité d'un pays et de son heureux avenir dans le monde : le nombre accru de ses enfants lui permet de conjurer les périls extérieurs. « Dans un pays de faible natalité, comme la France, l'Etat doit sans doute pousser à l'accroissement de la population : un économiste qui fut pourtant le plus grand ennemi de l'étatisme demandait que les familles eussent droit à une prime pour chaque nouvel enfant à partir du troisième » [3]. L'Etat l'a fort bien compris : en 1933, il avait établi un plan de réarmement et parallèlement, par décrets, pris des mesures pour

1. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, édition Alcan, 1933, p. 313-314.
2. Rommel, *Au pays de la revanche*, Genève, 1886, p. 25.
3. Bergson, *op. cit.*, p. 313-314.

enrayer la crise de la natalité, de telle sorte que si la guerre n'avait pas déjoué les prévisions, elles devaient arriver à produire leur plein effet en 1943. Mais il ne suffit pas que l'Etat prenne une part des charges qui pèsent sur les familles nombreuses pour amener les Français à avoir des enfants : il faudrait transformer les conceptions individualistes pour ne pas dire égoïstes que le Français a de ses devoirs envers la société ; il faudrait surtout punir implacablement un grand fléau social, l'avortement, qui est considéré comme une des causes principales de l'affaiblissement numérique de la France.

L'avortement est avant tout un problème d'ordre social. Comme tel, il a déjà été étudié par de nombreux sociologues. Sa multiplication est le résultat de la vulgarisation de théories combattues mais funestes, de la propagation de ces doctrines de Malthus, qui, déformées ont abouti au néo-malthusianisme et à toute une littérature qui considère l'avortement comme un droit naturel : l'individu est envisagé comme une fin en soi et non comme une partie de la société humaine. Certains auteurs vont même jusqu'à légitimer l'avortement en déclarant qu'il ne porte atteinte ni à la mère, ni à la société, ni au fœtus, et, l'indiquent même comme un remède apportant la suppression d'un mal plus grand, l'infanticide.

Ces théories ont pénétré avec facilité dans l'opinion et ont été même accueillies par certains esprits, soit disant férus d'hygiène sociale, avec beaucoup de complaisance. En 1936, on n'était pas loin de considérer l'avortement comme un dogme [1].

Mais qu'en est-il de cette prétendue légitimité de l'avortement ?

Il n'est pas difficile de mettre à bas cette thèse.

La société est composée d'individus et n'existe que par eux : elle a le droit d'exiger que ces individus vivent et donnent la vie en contre-partie des avantages que ces individus reçoivent d'elle. Nous avons vu, au point de vue national, quel péril engendrait la dénatalité dont une cause essentielle est l'avortement. Au point de vue social, l'avortement ne saurait donc être légitime. Comme le disait le docteur Pinard, c'est

1. Jacquemet, *Dictionnaire de sociologie*, (Paris, 1935), au mot « avortement », p. 1462.

« un crime contre la nation », on pourrait ajouter, contre la société. Mais, la légitimité de l'avortement est aussi indéfendable au point de vue individuel. Le fœtus est un être biologiquement reconnu comme doué d'une vie propre et ne se confond pas avec la mère : le droit civil lui-même reconnaît l'individualité juridique de l'enfant simplement conçu. « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » règle incorporée dans l'art. 725 du Code civil.

Même si l'on admettait que l'avortement n'est pas un crime contre l'enfant, on serait obligé de reconnaître que l'avortement pratiqué contre la femme à son insu est plus grave que de simples actes de violences et d'attentats à la pudeur : il lui fait courir de graves dangers pour sa santé, pour sa vie même et tout au moins il fait courir pour l'avenir un risque de stérilité.

L'avortement est donc à la fois un crime contre la mère et contre l'enfant. Le devoir de la femme enceinte est de conserver son fruit. Pour faillir à ce devoir, elle invoque souvent des raisons tendancieuses qui amènent la plupart des avortements et cachent la peur de l'enfant qui la hante : ces raisons sont morales, sentimentales (la crainte du deshonneur), économiques (insuffisance des salaires, misère). Quelques unes ont leur valeur mais elles ne sont souvent que le masque d'un égoïsme invétéré, du relâchement des mœurs, et d'un féminisme poussé à l'excès.

Bien des auteurs ont étudié le problème en tenant compte de ses données physiologiques, psychologiques, économiques, morales et sociales. Ils ont indiqué des remèdes appropriés d'éthique sociale de nature à conjurer la crise de la moralité et à empêcher que les progrès de la médecine ne soient utilisés à procurer des avortements en toute sécurité pour les avorteurs. Toutes ces questions sont du domaine de la sociologie ou de la médecine.

Mais il existe aussi des remèdes spécifiquement juridiques et dans notre étude, nous nous bornerons à l'examen de ceux-ci : nous passerons volontairement sous silence tout l'aspect sociologique de la question si intéressant qu'il puisse être, mais que nous n'avons fait que rappeler, pour nous en tenir à l'étude de l'avortement tel qu'il est défini et puni par notre droit pénal actuel.

Le mot *avortement* dérive étymologiquement de *ab orior*, contraire du mot *orior* qui signifie *naître*. Dans son sens large, avortement signifie l'anéantissement du produit de la conception dans le sein de la femme.

Mais qu'entend-t-on par avortement dans le langage juridique ? Notre code pénal n'en a donné aucune définition. Doit-on se référer aux définitions indiquées dans le langage médical ? Il semble que non, le mot a en médecine un sens tout à fait différent de celui qu'il a en droit.

Dans la langue médicale, l'avortement s'oppose à l'accouchement prématuré : le premier étant l'expulsion d'un produit de la conception non viable alors que le second qui a lieu le plus souvent après le sixième mois de la grossesse, est la mise au monde, avant terme, d'un enfant viable.

En droit pénal, la conception de l'avortement est plus large : l'expulsion prématurée lorsqu'elle est volontairement provoquée, constitue l'avortement sans considération d'âge ni de viabilité du fœtus.

On distingue encore au point de vue médical, l'avortement volontaire ou provoqué et l'avortement naturel.

L'avortement est naturel lorsque l'expulsion du fœtus se produit spontanément, il est alors appelé fausse-couche.

L'avortement est involontaire lorsqu'il est la conséquence d'un accident. L'avortement est provoqué, s'il est prémédité pour se débarrasser de l'enfant ou pour sauver la vie de la mère. Dans ce dernier cas, l'avortement étant motivé par une raison médicale, est dit avortement thérapeutique.

L'avortement provoqué est l'avortement criminel proprement dit : c'est celui que réprime le droit pénal, et celui-là seul qu'il désigne sous le nom d'avortement. L'avortement dans le langage des juristes est l'avortement provoqué du langage médical : il s'oppose à l'infanticide en ce sens que ce dernier est le meurtre non d'un fœtus, mais d'un enfant nouveau né.

De nombreuses définitions de l'avortement ont été données par les auteurs. M. Lacassagne nous dit : « l'avortement est l'expulsion avant terme du produit de la conception par suite de manœuvres criminelles »[1].

1. Tallet, *Les délits contre la natalité*, thèse, Montpellier, 1938, p. 16.

Tardieu donne la définition suivante : « L'avortement est l'expulsion prématurée et violemment provoquée du produit de la conception, indépendamment de toutes les circonstances d'âge, de viabilité et même de formation régulière »[1].

La définition de Perreau est la suivante : « L'avortement est l'expulsion par le fait de l'homme d'un produit non encore décédé dans la cavité utérine »[2].

Ces trois définitions semblent omettre l'élément intentionnel nécessaire à toute infraction, c'est pourquoi la définition que donne Garraud nous paraît la plus complète et la plus satisfaisante : « l'avortement est l'expulsion prématurée volontairement provoquée du produit de la conception »[3].

Déjà en 1913, le Professeur Balthazard, de la Faculté de médecine de Paris déclarait à la Société des Prisons : « Le nombre des avortements est supérieur aujourd'hui en France au nombre des naissances »[4]. Lacassagne à Lyon enregistrait autant d'avortement que de naissances[5]. La guerre de 1914 donna à ces préoccupations un caractère encore plus aigu et conduisit au vote de la loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anti-conceptionnelle. La loi du 27 mars 1923, dans le même but, a correctionnalisé l'avortement pour soustraire les délinquants à l'indulgence du jury de Cour d'assises modifiant ainsi l'art. 317 du Code pénal de 1810. Malgré ces lois répressives et devant le nombre toujours considérable d'avortements dans les années qui précèdent la guerre de 1939, résultat peut-être de la politique de grand individualisme instauré dans ces années là (en 1939 on évalue le nombre des avortements à 400.000)[6], fut voté le décret-loi du 29 juillet 1939. On avait remarqué que si l'Allemagne avait pu relever sa natalité de 40% en six mois, c'est parce qu'elle avait réduit dans de grandes proportions le nombre des avortements. C'est à cet exemple, eu égard aux péril extérieurs, qu'a été élaboré le Code de la Famille, préparé par le Haut Comité de la Population, qui

1. Garraud, *Droit pénal*, 3e édit., 1913, t. V, n° 2018.
2. Tarakji, *L'avortement criminel. Etude médico-légale, juridique et psyo-sociale*, thèse, Toulouse, 1937, p. 3.
3. Garraud, *op. cit.*, t. V, n° 2019.
4. *Dictionnaire de sociologie* : au mot « avortement ».
5. Henry (A.), *Les sanctions des devoirs de famille par la législation pénale*, p. 253.
6. Boverat, *La résurrection par la natalité*, p. 389.

est essentiellement une loi de circonstances, qui n'a pas été précédée de longs travaux préparatoires. Le Code de la Famille aborde le problème de la natalité dans son ensemble. Nous étudierons spécialement le titre II qui traite de l'avortement au Chapitre Ier, Section I, II et III. Ce Code instaure pour l'avortement *une répression plus sévère* et *facilite les poursuites et la découverte du délit*. Il considère l'avortement comme un délit des plus graves, comme un attentat à la vie de l'enfant, à la vie de la mère ou tout au moins à son intégrité corporelle, et comme une atteinte à sa santé. Si l'on reprend le rapport du Président de la République qui a précédé le décret, on remarque que le point de vue qui paraît dominer est celui qui fait de l'avortement un crime *contre la race* « nous avons résolu d'organiser la protection de la maternité : nous pourchassons l'avortement qui a exercé tant de ravages en France : nous prévoyons un accroissement de peines contre les avorteurs professionnels. Nous lutterons contre les établisements d'accouchement suspects : le texte que nous avons l'honneur de vous soumettre subordonne à des conditions de capacité, d'hygiène, l'ouverture et le fonctionnement des maisons d'accouchement. Nous prévoyons l'institution de maisons maternelles départementales, sous la forme d'établissements publics ou d'établissements privés liés au département par des contrats soumis au contrôle des Conseils généraux et où les mères pourront s'installer pendant leur grossesse et bénéficieront éventuellement du secret qu'elles réclameront... Par ailleurs, nous vous demandons d'approuver l'aggravation de la répression des vices et la lutte contre les fléaux sociaux qui constituent autant de dangers pour l'avenir de la race »[1].

Ce décret, malgré l'état de guerre, fut mis en application le 1er janvier 1940. Il a abrogé l'art. 317 du Code pénal tel qu'il été rédigé par la loi du 27 mars 1923. Il a laissé subsister les dispositions de la loi du 31 juillet 1920 qui intéresse notre étude dans la partie traitant la provocation de l'avortement.

Le Code de la Famille a été modifié et complété par les lois postérieures qui aggravent les pénalités : la loi du 14 septembre 1941 qui a supprimé totalement le sursis en matière d'avortement, la loi du 15 février 1942 qui prévoit pour les avorteurs

1. *J. off.*, 30 juillet 1939.

l'internement administratif et permet de déférer certains d'entre eux au Tribunal d'Etat. Des lois nouvelles et postérieures au décret-loi de 1939 sont venues améliorer les mesures préventives déjà envisagées par ce décret : telles sont les lois du 7 septembre 1941 et du 16 décembre 1942 que nous proposons également d'étudier.

Nous aurions pu tout d'abord, dans une étude historique voir comment l'avortement a été réprimé par le droit pénal des peuples anciens, quelle influence prépondérante et décisive a eu le christianisme sur la façon d'envisager ce délit, donner un aperçu des méthodes de l'ancien droit, des codes pénaux de 1791 et de 1810 pour arriver au droit contemporain avec la loi de 1923 qui a immédiatement précédé le Code de la Famille.

Une place dans nos développements aurait été consacrée au droit positif étranger dont les tendances peuvent être classées sous des rubriques générales : certains Etats a idéologie matérialiste professe que pour vivre il faut être fort et traitent en conséquence l'avortement comme un crime contre l'Etat, contre la Défense nationale, et préconisent une *répression extrêmement sévère* ; d'autres, se montrent *plus libéraux* dans la répression et trouvent même des indications eugéniques ou médicales pour excuser l'avortement ; des législations d'une indulgence extrême vont jusqu'à légaliser l'avortement, en réglementant évidemment l'opération (la Russie Soviétique nous a fourni, dès 1920, l'exemple type de ces législations).

Mais ces questions fort intéressantes ont déjà été fort bien traitées, voir même approfondies par certains auteurs [1].

Or, nous ne prétendons pas reprendre tout ce qui se rapporte de loin ou de près au problème repressif de l'avortement. Nous voulons seulement examiner comment l'avortement est traité par le droit contemporain.

Divisant alors notre étude en deux parties, dans une première partie nous rechercherons comment le Code de la famille et les lois subséquentes *répriment* l'avortement. Mais, dans une deuxième partie, il nous faudra exposer ensuite

1. Rioufol, *L'avortement et la propagande à l'avortement*, thèse droit, Toulouse, 1924 ; — Tallet, *Les délits contre la natalité avortement et propagande anti-conceptionnels*, thèse droit, Montpellier, 1938 ; — Tarakji *L'avortement criminel. Etude médico-légale, juridique et psycho-sociale*, thèse droit, Toulouse, 1937 ; — Zancarol, *L'évolution des idées sur l'avortement provoqué, étude morale et juridique*, thèse droit, Paris, 1934.

comment le droit pénal actuel essaie de *prévenir* l'avortement. L'ordre de nos deux parties peut paraître *à priori*, trés illogique. Il eut semblé, peut-être à certains, plus rationnel d'étudier d'abord les mesures préventives qui doivent produire effet avant tout avortement et de consacrer pour la deuxième partie l'étude de la répression qui intervient après que l'avortement s'est produit, marquant ainsi l'échec des mesures préventives.

Mais la répression est la partie la plus importante la plus juridique même de notre sujet ; elle est, pour ainsi dire, le centre de notre étude, elle envisage le délit d'avortement proprement dit pour le réprimer. Les mesures préventives, en revanche, sont le plus souvent des mesures de réglementation d'ordre social. Nous avons donc préféré réserver la première partie de notre étude à la « *répression de l'avortement* », concernant pour la seconde « *les mesures préventives à l'avortement* ».

Enfin, pour conclure, nous essaierons d'apprécier les résultats obtenus par la nouvelle législation et nous nous demanderons s'il n'y a pas lieu de renforcer les réformes amorcées.

PREMIÈRE PARTIE

Répression de l'avortement

Le Code de la famille et les lois postérieures ont cherché à intensifier la répression de l'avortement.

L'article 82 du Code de la famille est l'article 317 nouveau du Code pénal. C'est le siège de la matière, l'article le plus important pour notre étude. C'est de cet article que les auteurs ont pu tirer la définition de l'avortement du point de vue juridique.

De l'article 317 nous dégagerons, dans un premier chapitre les conditions d'incrimination du délit qui demeurent inchangées depuis les réformes actuelles, les éléments constitutifs étant strictement les mêmes que sous l'empire de la loi antérieure de 1923. Les règles de la tentative ont été profondément remaniées dans un but très précis ; l'incrimination et la poursuite de la tentative sont devenus très faciles et très fréquentes grâce à ces modifications. L'article 317 nous indique également quelles sont les personnes punissables. Enfin, le Code de la famille nous apporte une innovation importante, l'article 87 prévoit un cas où l'avortement n'est pas incriminé. il s'agit là de l'avortement thérapeutique.

L'étude des poursuites fera l'objet de notre deuxième chapitre. Nous verrons que les difficultés de preuves écartées ont amené des poursuites plus nombreuses et une répression plus efficace. Le droit de citation directe est même laissé dans certains cas à des organismes professionnels indiqués par l'article 89. La limitation du secret professionnel prévue par l'article 90 du Code de la famille qui modifie l'article 378 du

Code pénal apporte une aide considérable à la découverte du délit et à sa preuve en justice.

Dans un dernier chapitre, nous étudierons de quelles peines l'article 317 punit le délit d'avortement. Les articles 83, 84, 85, 86, 88 du Code de la famille viennent encore aggraver les peines indiquées par l'art. 317 du Code pénal et des lois récentes du 14 septembre 1941 et du 15 février 1942 apportent encore des pénalités plus sévères pour ce délit, soit en supprimant l'application du sursis, soit en donnant à un tribunal spécial compétence en la matière en permettant au juge de prononcer des mesures de sûreté.

CHAPITRE PREMIER

INCRIMINATION

Le délit d'avortement est réalisé, d'après Garraud[1] lorsqu'il y a expulsion prématurée du fœtus volontairement provoquée. Cette définition, que nous avons adoptée dans notre introduction, indique clairement quels sont les éléments du délit consommé que nous étudierons dans une première section. Elle est tirée de l'article 317 du Code pénal.

Ce même article 317 qui sert de base à nos développements ne parle pas seulement du délit consommé, mais indique quelle peine il faudra appliquer à l'auteur de toute tentative d'avortement. L'étude de la tentative fera l'objet de notre section II : cette section sera de beaucoup la plus importante de notre chapitre car elle est consacrée à une question très discutée aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, et elle vient d'être l'objet, avec le Code de la famille, d'une modification demandée depuis bien longtemps et réalisée par la loi nouvelle.

Une troisième section traitera du cas où l'avortement n'est pas incriminé.

Une section IV sera consacrée à l'étude des diverses personnes pouvant être incriminées.

Section I

Structure du délit consommé.

Divisant cette section en deux parties, nous étudierons d'abord la structure du délit d'avortement en général et ensuite celle du délit spécial de l'article 317, 4° du Code pénal.

1. Garraud, *Droit pénal français*, 3e édit., 1913, 5 vol. t. V, p. 2018.

A. — *Structure du délit d'avortement en général.*

Art. 317. — « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, et d'une amende de 500 francs (cinq cents francs) à 10.000 francs (dix mille francs).

D'après la rédaction du paragraphe Ier de cet article 317, on aperçoit que la première condition nécessaire pour qu'il y ait délit d'avortement consommé est la grossesse de la femme.

I. *Grossesse de la femme.* — Les mots « procuré l'avortement » correspondent exactement aux mots « d'une femme enceinte ».

Cet élément constitutif d'avortement était exigé sous l'empire du Code pénal et de la loi du 27 mars 1923, le décret-loi du 29 juillet 1939 n'a apporté sur ce point aucune modification. Quand il s'agit du délit d'avortement consommé, il faut constater expressément la grossesse de la femme. L'avortement a précisément pour objet l'interruption de cette grossesse et l'expulsion prématurée du fœtus.

Peu importe le moment auquel cette grossesse est interrompue. Notre droit pénal, nous l'avons vu, ne distingue pas comme les médecins, l'avortement de l'accouchement prématuré : il a rejeté également les anciennes théories du fœtus animé ou non animé, l'avortement sur le fœtus non animé n'entraînant autrefois aucune répression.

On remarque cependant, que c'est surtout avant le troisième mois de la grossesse que les avortements sont les plus fréquents : mais ils sont le plus souvent inconnus, le délit est en effet, difficile à déceler et la preuve de la grossesse s'avère souvent impossible à faire avant le troisième mois. Entre le quatrième et le sixième mois, ils sont presqu'inexistants, car ils font courir un danger très grand à la vie de la femme, danger qui le plus souvent la fait hésiter : les statistiques accusent 18% d'avortements provoqués entre le septième et le neuvième mois. Le deuxième élément qui condi tionne la réalisation du délit est l'expulsion du fœtus par l'emploi des moyens artificiels.

II. *Emploi des moyens artificiels.* — Ces moyens sont variés : l'article 317 nous les indique : ce sont les « aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou tout autre moyen ».

L'aeticle 317 tel qu'il était rédigé en 1810 donnait l'énumération suivante : « aliments, breuvages, médicaments, violences ou tout autre moyen ». Cette énumération était purement énonciative. Les moyens indiqués n'étaient énumérés qu'à titre d'exemple : en réalité toute expulsion de fœtus qui n'avait pas une cause naturelle ou accidentelle et qui était due à l'emploi d'un procédé artificiel quelconque constituait un avortement criminel.

La loi du 27 mars 1923 affirmait ces mêmes principes et complète même l'énumération en y introduisant le mot « manœuvres », « expression trés générique et très caractéristique en matière d'avortement » nous dit M. René Lafarge dans son rapport [1]. Par cette addition, le législateur a manifesté très fermement sa volonté de ne laisser aucun procédé artificiel d'expulsion en dehors des prévisions de la loi.

Le texte nouveau a repris sans modifications cette énumération vague à dessein. Ce sera une question d'espèce, que le juge appréciera, de savoir si les breuvages employés pour tel avortement déterminé peuvent être considérée comme les « moyens » de l'article 317. L'expression « tout autre moyen » est en effet si large, que même un simple moyen psychique a pu être considéré par la jurisprudence comme un des moyens prévus dans l'énumération de l'article 317.

Mais quelles peuvent être en fait les moyens abortifs ?

Ce sont des substances emménaguogues, purgatives ou diastriques. Parfois, mais plus rarement on emploie des moyens mécaniques directs.

Le juge du fait, d'après la constatation de l'expertise médico-légale apprécie la nature de ces moyens.

On distingue des moyens spécifiquement abortifs et des moyens non spécifiquement abortifs, mais dont l'emploi est réprimé quand il est fait avec l'intention de procurer l'avortement. Telles sont les violences, l'exercice de sports violents.

En résumé, il est trois sortes de moyens : les moyens exté-

1. *J. off., Doc. Parl.*, avril 1922, p. 268.

rieurs, intérieurs et les violences. M. Faucher[1] nous dit qu'au point de vue médical, ces moyens peuvent être classés en trois catégories :

1° les aliments et breuvages de toutes sortes ;

2° les procédés locaux, c'est-à-dire internes, qu'ils soient ou non intra-utérins, qu'il s'agisse d'injections ou de manœuvres avec ou sans instruments, qu'on veuille décoler ou percer l'œuf ;

3° les procédés externes : pose de cataplasmes, emploi de ceintures serrées, pratiques de massage, violences de toutes sortes (faire monter rapidement et plusieurs fois de suite un escalier à une femme enceinte, la faire suivre une route mal pavée sur une motocyclette).

Mais du point de vue juridique, ajoute-t-il, une autre distinction peut être proposée entre les moyens abortifs *par nature* d'une part, et les moyens non abortifs *par eux-mêmes*, mais qui le deviennent par suite du but poursuivi par l'agent qui les emploie.

Les premiers ne peuvent pas servir à autre chose qu'à des avortements : par exemple, l'ergot de seigle, les injections intra-utérines. La liste de ces produits, pour éviter toute hésitation de la part des magistrats, devait être établie par un règlement d'administration publique qui n'a jamais été publié, mais qui devait l'être aux termes de l'article 92 qui réglemente la vente de ces produits, dans les trois mois de la promulgation du décret-loi du 29 juillet 1939.

Au contraire, l'absorpotion d'un produit comme l'apiol, ordinairement employé comme régulateur, ou la pratique des massages abdominaux qui n'ont normalement aucun but d'avortement peuvent devenir des moyens abortifs, s'ils sont employés dans l'intention de le provoquer.

C'est donc l'intention de l'agent qui donnera à l'acte le caractère de délit et non pas la nature du moyen employé. Nous verrons l'importance que cette intention délictuelle va prendre dans la répression, quand nous étudierons la tentative et surtout le délit impossible : elle suffit à instituer le délit punissable, alors même que les moyens employés sont inap-

1. *J.C.P.*, 1942, 2003.

tes ou insuffisants à produire l'avortement : la jurisprudence[1] est déjà fixée en ce sens depuis 1929.

III. — Le troisième élément constitutif du délit d'avortement est l'*élément moral*. Il ne suffit pas d'avoir procuré l'avortement, il fait avoir *voulu* le procurer, avoir sa volonté tendue vers le résultat final, l'avortement. L'intention coupable est toujours un élément essentiel du délit.

En effet, un individu qui aurait par des violences amené une femme enceinte à avorter alors qu'il ne voulait nullement ce résultat ne serait pas puni par application de l'article 317, mais pour violences volontaires. De même, un médecin qui aura provoqué l'avortement, non dans un dessein criminel mais dans le but de sauver la vie de la mère, n'encourt pas les peines de l'article 317 : cette solution était absolue sous l'empire du Code pénal et de la loi du 17 mars 1923. Actuellement l'article 87 du Code de la famille exige certaines formalités pour la pratique de l'avortement thérapeutique. L'observation de ces formalités laisse en dehors du champ de la répression le médecin qui a pratiqué un tel avortement : il est alors inutile de prouver l'intention non coupable ; c'est seulement au cas d'inobservation de ces formalités, que le médecin pour être absout du délit d'avortement devra prouver le défaut d'intention coupable.

En fait, ces preuves d'intention délictuelle sont très difficiles à rapporter. Par exemple, comment prouver qu'une femme enceinte qui pratique des sports violents, ou se serre trop le fait dans l'intention de se procurer à elle-même l'avortement. Le juge du fait appréciera souverainement, d'après les circonstances de la cause, si cette intention coupable existe.

Donc pour que le délit d'avortement soit consommé, il faut la réunion de trois éléments : deux éléments matériels, la grossesse de la femme, l'expulsion du fœtus provoquée par des moyens artificiels, un élément intentionnel, toute la volonté de l'agent tendue vers la réalisation de l'avortement.

1. Cass. crim., 9 novembre 1928, D. 1929.1.97.

B. — *Structure du délit de l'article* 317-4°.

L'article 317-4° est ainsi conçu : « Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens, herboristes, bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, infirmières, masseurs, masseuses, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement seront condamnés aux peines prévues au paragraphe 1er et 2e du présent article ».

D'après ce paragraphe, la qualification du délit commis par les tiers professionnels énumérés est particulièrement sévère : l'incrimination du délit est beaucoup plus large, il n'est pas dit que pour être poursuivi, il faut « *avoir procuré ou tenté de procurer* » mais il suffit d'avoir « *indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement* ». Il semble qu'il ne s'agit pas ici d'un délit d'avortement proprement dit, mais d'un *délit spécial* beaucoup plus facile à établir. Le législateur a voulu punir plus sévèrement et plus souvent les tiers qualifiés, c'est à eux, en effet, que l'on attribue le plus grand nombre d'avortements : ils sont redoutables en raison même de leurs connaissances médicales, ils sont plus aptes à connaître les moyens d'avortements. Obscurs étudiants, ou médecins en renom mais sans crupules sont sollicités également pour ce genre d'opérations. Aussi a-t-on cherché à les atteindre pénalement d'une façon implacable et quelle que soit leur activité : ont-ils procuré l'avortement, l'ont-ils seulement favorisé, ont-ils indiqué des moyens, la loi les punit dans tous ces cas, leur faisant grief de ce que ces personnes abusent de la confiance que leur qualité inspire pour se livrer à des agissements de nature à répandre la pratique de l'avortement.

En 1810, les hommes de l'art n'étaient punis que dans le cas où l'avortement avait suivi : il fallait donc qu'ils aient véritablement pratiqué l'avortement. En 1923, les mots « si l'avortement s'en est suivi » disparaissent de la rédaction finale de l'article 317. Le Code de la famille a également banni ces mots de son article 82. Et comme il n'est pas question au paragraphe 4 de l'article 82 de tentative d'avortement, il faut bien admettre qu'il s'agit là d'un délit distinct qui consiste à indiquer, à favoriser, soit même à pratiquer, les moyens de procurer l'avortement. Les moindres conseils donnés à une femme enceinte sont punis, même s'ils n'ont aucune suite.

La simple indication de l'adresse d'une avorteuse est considérée comme le fait par le médecin d'avoir « indiqué un moyen de procurer l'avortement ou d'avoir favorisé l'emploi de moyens abortifs »[1].

« Attendu qu'en indiquant à la demoiselle X l'adresse d'une femme qu'il savait pratiquer l'avortement et en lui donnant le renseignement nécessaire pour lui permettre de se rendre chez cette femme sans attirer l'attention, le demandeur lui a indiqué des moyens d'avortement ou tout au moins en a *favorisé* l'emploi ». Et comme tel le coupable tombe sous le coup de l'article 317-4°.

Ce texte est donc aussi compréhensif que possible : le délit qu'il édicte est un délit formel qui existe même si le résultat qui normalement devrait être l'avortement n'est pas atteint. Cette constatation a son intérêt au regard de la tentative et de la complicité.

Pour que le délit institué par l'article 317-4° existe et soit consommé, il suffit que deux éléments soient établis.

1° La qualité de l'auteur de l'infraction : cet élément formait en 1810 la circonstance aggravante du délit d'avortement.

2° Le fait d'avoir indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens d'avortement. On s'est demandé si la grossesse était un élément nécessaire à la constitution du délit : il y a eu à ce propos de nombreuses discussions doctrinales : la jurisprudence et la doctrine avaient également un point de vue divergent.

La jurisprudence[2] admettait que la loi non seulement voulait que les tiers qualifiés soient punissables lorsque l'avortement n'était pas consommé s'ils l'avaient favorisé, ou avaient indiqué les moyens de le pratiquer, mais encore qu'ils le soient lorsque le délit avait été commis sur une *femme non enceinte*.

M. Goyet[3], contrairement à cette opinion présentait la grossesse comme l'élément indispensable à la constitution du délit. Il se fondait sur les arguments suivants : 1° l'article 317 forme un ensemble destiné à réprimer l'avortement, or, il ne peut y avoir avortement que sur une femme enceinte ; 2° rien dans les travaux préparatoires qui ont précédé la loi de 1923 n'indique une telle différence entre le paragraphe 1

1. Cass., 12 mai 1934, D.H. 1934-351.
2. Cass., 12 mai 1934 déjà cité ; Cass., 3 août 1938, *J.C.P.*, 1938, 910.
3. Carpentier, *Répertoire pratique*, au mot « avortement ».

et l'article 317 et le paragraphe 4-3°). Les conseils d'avortement donnés à une femme non enceinte sont réprimés par la loi du 31 juillet 1920, au titre de la provocation à l'avortement.

A ces arguments, on pourrait opposer :

1° que la loi du 31 juillet 1920 réprime la provocation à l'avortement qui résulte de propos proférés dans les lieux ou réunions publiques et non la provocation par conversation particulière.

2° le paragraphe 4 de l'article 317 n'indique pas comme le paragraphe 1er « d'une femme enceinte ». Il serait sans objet ou ferait double emploi avec le paragraphe 1er s'il n'avait pour but de punir les coupables même quand l'état de grossesse n'est pas certain. L'homme de l'art ne serait pas plus puni que le simple particulier. Ce n'est pas l'esprit de la loi.

M. Goyet[1] a modifié son point de vue et il n'exige plus la condition de grossesse comme élément constitutif du délit, mais seulement la *croyance*, dans l'esprit de l'agent, que la femme qu'il a conseillé est enceinte « c'est, dit-il, un véritable délit de provocation à l'avortement, un véritable délit de propagande. C'est un délit putatif dans lequel il est indifférent que la femme n'ait pas été enceinte ».

C'est là l'opinion de la Cour suprême exprimée à plusieurs reprises dans ses arrêts. Le 12 mai 1934[2], la Cour de cassation disait : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Mademoiselle Y... ayant déclaré au docteur X..., qu'elle était enceinte, celui-ci lui fit écrire sur une feuille d'un bloc notes dont il avait coupé l'entête, l'adresse d'une femme Z..., et lui donna les renseignements pour lui permettre de parvenir jusqu'à elle sans parler à la concierge de l'immeuble ; que Mademoiselle Y..., se rendit au domicile de la femme Z..., où une femme A..., se livra sur elle à des manœuvres abortives. Attendu que l'arrêt attaqué énonce que le demandeur en faisant connaître l'officine de la Demoiselle Z..., lui a *indiqué* un moyen de se faire avorter et qu'il est ainsi coupable, non de complicité d'avortement comme les premiers juges l'avaient décidé, puisque la

1. Goyet, *Droit pénal spécial*, 3e éd., 1937, p. 199 (note 2) ; 4e éd., 1941, pp. 303 et 304.
2. D.H. 1934-351.

grossesse n'est pas certaine, mais de l'infraction de l'article 317-3°[1]. Attendu qu'il est prétendu que les éléments du délit prévus par l'article 317-3° sont les mêmes que ceux prévus par alinéas précédents et que par conséquent le demandeur ne pouvait être reconnu coupable, l'état de grossesse de la Demoiselle Y..., n'ayant pas été prouvé. Mais attendu que, la disposition de l'article 317-3° qui vise les médecins... etc... ayant pratiqué les moyens de procurer l'avortement sans ajouter « d'une femme enceinte *serait sans objet* si elle n'avait pour but d'atteindre le médecin, l'officier de santé qui ont pratiqué ces moyens sur une femme dont l'*état de grossesse n'est pas certain* et de punir, dans le cas où de simples particuliers échapperaient à la répression des personnes qui abusent de la confiance que leur qualité inspire pour se livrer à des agissements de nature à répandre la pratique de l'avortement. Ainsi est rédigé le fameux arrêt Zakrine qui a confirmé l'arrêt de la Cour de Paris du 17 décembre 1932.

Un deuxième arrêt rendu par la Chambre criminelle le 3 août 1938[2] adopte les attendus précédents. Il s'agit cette fois, non plus du médecin, qui a « indiqué ou favorisé » les moyens tendant à procurer l'avortement, mais du médecin qui a « *pratiqué* » ces moyens sur une femme dont l'état de grossesse n'est pas certain. La solution de la Cour est identique à celle de l'arrêt cité plus haut. D'après la Jurisprudence et actuellement la majorité de la doctrine, il n'est pas nécessaire, pour la constitution du délit de l'article 317-4° que l'élément grossesse soit prouvé.

M. Goyet prétend qu'il faut que, dans l'esprit de l'agent, la croyance à la grossesse existe[3]. La jurisprudence n'indique pas la nécessité de cette croyance : en fait elle existera presque toujours, mais certains auteurs nous disent expressément qu'il est inutile que cette croyance existe. il suffit que le coupable ait « indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement ».

1. L'arrêt dit article 317-3° parce qu'il a été rendu avant la modification de la disposition des paragraphes dudit article par le décret-loi de 1939, le paragraphe 3 ancien correspond au paragraphe 4 actuel.

2. *J.C.P.*, 1938-910, déjà cité.

3. Hugueney, « Indication des moyens d'avortement donnée par un médecin à une femme non enceinte », *Revue sciences criminelles*, 1939.

Les éléments de ce délit sont donc bien au nombre de deux, il faut établir :

1° la qualité de l'auteur du délit ;

2° le fait d'avoir indiqué, favorisé, ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement. Il n'y a pas à démontrer que la femme est enceinte, qu'il y a eu fait d'expulsion : le délit existe indépendamment du résultat. Il faut évidemment que le coupable ait agi avec l'intention d'avortement. On peut dire que le délit de 317-3° est une tentative d'avortement érigée en délit spécial. Pour M. Hugueney : « le délit du praticien est un délit spécial qui se rapproche de la provocation à l'avortement visé par la loi du 31 juillet 1920 autant et plus que du délit d'avortement réprimé par l'art. 317-1°. C'est l'instruction même donnée avec conscience et volonté de favoriser l'avortement qui constitue le délit, que le praticien s'adresse à une femme qu'il croit ou ne croit pas enceinte.

Section II

De la tentative

Nous avons étudié le délit consommé, mais jusqu'à sa consommation il y a tout un processus qui précède l'exécution : plusieurs étapes peuvent jusque là être parcourues, étapes qui peuvent être marquées par différentes manifestations. Le droit pénal punit-il ces diverses manifestations qui peuvent n'être que psychologiques : par exemple la phase préparatoire caractérisée par la seule pensée criminelle, la réunion des moyens nécessaires à la commission du délit, peuvent-ils faire l'objet d'une répression ou au contraire ne sont-ils répréhensibles que moralement ? Notre droit attend-il une extériorisation matérielle de la pensée criminelle pour intervenir ? L'étude de la tentative nous donnera la réponse à cette question.

§ 1. — *La tentative proprement dite.*

Nous distinguons de la tentative proprement dite le délit impossible, la première est donc une tentative de délit possible, réalisable, mais non achevée.

1° *Tentative d'avortement par un tiers quelconque* (art. 317-1°).

1° Si nous reprenons le texte de l'article 317 du Code pénal, nous remarquons que la tentative d'avortement est punie comme le délit lui-mêmelors qu'elle est l'œuvre d'un tiers quelconque. L'alinéa 1er de l'article 317 l'indique expressément.

Cette solution est d'ailleurs identique à celle de l'article 317, dans sa rédaction de 1923 : le mot « tenté » était également inséré dans ce texte.

L'article 317, dans sa rédaction de 1810, ne précisait pas que la tentative d'avortement dut être punie, cela n'était point nécessaire, l'avortement aux termes du Code pénal de 1810 était un crime, or d'après l'article 2 du Code pénal la tentative de crime était assimilée au crime lui-même au point de vue de la répression.

Depuis la loi du 27 mars 1923, l'avortement est un délit et selon l'article 3 du Code pénal « les tentatives de délit ne seront considérées domme des délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi ». Donc si l'on voulait punir la tentative d'avortement, on devait le dire expressément comme l'ont fait les législateurs de 1923 et de 1939.

La tentative d'avortement est punie, aux termes de l'article 317-1°, que l'avorteur ait agi sans le consentement de la femme ou avec son consentement, il n'y a aucune distinction à faire suivant l'une ou l'autre de ces deux situations. Pourtant il semble que l'on aurait du se montrer plus sévère pour le tiers qui tente un avortement sans le consentement de la femme. Seul le juge pourra marquer la différence en appliquant le maximum ou le minimum de la peine. La jurisprudence actuelle se montre particulièrement sévère dans la répression de la tentative d'avortement. Elle considère avant tout le danger que fait courir à la société la mentalité délictueuse de l'agent adoptant ainsi le point de vue subjectif de la tentative : la distinction entre les actes préparatoires non punissables et le commencement d'exécution caractéristique de la tentative punissable devient moins subtil. Depuis 1879, d'ailleurs, la Cour de cassation exerce son contrôle sur cette distinction capitale[1].

1. Garraud, D. 1896.1.21.

Notre droit pénal a longtemps oscillé entre la théorie subjective de la tentative et la théorie objective.

Dans notre jurisprudence actuelle le point de vue subjectif de la tentative est à son apogée. Si elle exige toujours comme élément constitutif de la tentative, le commencement d'exécution, pour caractériser celui-ci, elle ne s'attache plus strictement à rechercher s'il y a eu exécution d'actes matériels dans les éléments constitutifs de l'infraction, comme l'exigeaient les promoteurs de la théorie objective. Elle a admis qu'il y a commencement d'exécution caractéristique de la tentative dès que « *l'activité de l'agent fait apparaître la volonté de commettre une infraction* »[1]. Si cette infraction n'a pas été accomplie par suite de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, il y a tentative punissable.

Le célèbre arrêt d'Auch, à propos de vol à la tire, précise, dans ce sens, que « la distinction de l'acte préparatoire qui n'entraîne aucune sanction et du commencement d'exécution qui constitue la tentative punissable se ramène à la distinction des actes qui tendent médiatement et indirectement à l'infraction et ceux qui y tendent directement et immédiatement. Qu'il importe peu d'ailleurs que le fait matériel constituant la tentative n'ait aucun rapport avec le délit »[2].

En matière d'avortement, la jurisprudence considère qu'il y a commencement d'exécution d'une tentative punissable dès que tous les instruments et produits nécessaires sont prêts dans la pièce où l'opération doit avoir lieu immédiatement, les intéressés d'accord sur le prix, la police seule empêche l'avorteuse de poursuivre ses agissements qui ont dépassé le stade des actes préparatoires[3].

Ici aucun acte matériel n'a été ébauché, seul l'élément moral permet de donner aux préparatifs de l'opération, le caractère de commencement d'exécution. Ces préparatifs manifestent d'une façon non équivoque la volonté de commettre le délit, l'intention est claire le prévenu cherchait à procurer l'avortement et les faits retenus à sa charge tendaient directement et immédiatement à l'accomplissement du délit.

La jurisprudence donne donc une importance croissante

1. *J.C.P.*, 1942-2054, note Brouchot.
2. *J.C.P.*, 1940-1565. Note de M. P. Coste-Floret.
3. *J.C.P.*, 1943-2258. Arrêt du 30 mai 1943.

au point de vue subjectif pour déterminer le commencement d'exécution pour arriver, en matière d'avortement, à une répression sévère socialement nécessaire.

2° *Tentative d'avortement par la femme sur elle-même* (art. 317 3°).

L'article 317-3° est ainsi conçu : « Sera punie d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans et d'une amende de 100 francs à 2.000 francs, la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura *tenté de se le procurer*, ou qui aura consenti a faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ».

L'article 317, tel qu'il avait été modifié par la loi de 1923, ne maintenait pas les pénalités encourues pour l'avortement, à la tentative d'avortement, dans le cas où celle-ci était commise par la femme sur elle-même. L'article 317-2°, qui s'occupait de ce cas, exigeait pour la répression que « l'avortement » s'en fut suivi ». Le Code pénal de 1810 édictait la même disposition.

Actuellement, la suppression des mots « *si l'avortement s'en est suivi* » et l'addition du mot « *tenté* » indiquent suffisamment que la tentative d'avortement de la femme sur elle-même est punissable comme le délit d'avortement lui-même.

3° *Délit spécial de l'article* 317-4° *et tentative d'avortement par les tiers qualifiés.*

A l'égard de ce délit spécial, étudié à la première section, il ne saurait y avoir tentative : ce délit en effet est un délit formel. Pourtant un cas de tentative d'avortement peut être commis par les officiers de santé énumérés à l'article 31-4°, quand ceux-ci n'ont ni « indiqué, ni favorisé, ni pratiqué les moyens de procurer l'avortement au sens de l'article 317-4°.

Ce cas s'est présenté tout récemment devant la Cour de cassation qui a rendu un arrêt le 30 juillet 1942[1]. Voici les faits :

Un médecin H..., avait été condamné par la Cour de Limoges, le 7 novembre 1941 à 4 mois d'emprisonnement, 100 francs d'amende et à l'interdiction d'exercice de son art,

1. *J.C.P.*, 1942-2052.

pour avoir assisté son confrère E..., lequel sur la demande d'A... amant de la Femme B..., avait accepté de pratiquer l'avortement de cette femme, en vue de cette intervention dont le prix avait été fixé à 2.500 francs à partager entre E..., et H..., les deux médecins s'étaient munis : E..., d'une pince « Museux » achetée spécialement et qui est d'un usage courant pour pratiquer l'avortement, H..., d'un spéculum. Il se rend chez la femme M..., où se trouve la femme B... : la femme M..., s'oppose à ce que l'opération ait lieu chez elle : les deux confrères doivent se retirer.

La Cour de cassation rejette le pourvoi des coupables contre l'arrêt de la Cour de Limoges : le pourvoi reprochait à l'arrêt attaqué de punir la tentative d'avortement exercée par un médecin « alors que s'agissant d'un médecin, une condamnation ne peut se justifier que si celui-ci a indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de provoquer l'avortement » et que les éléments constitutifs du délit ne sauraient résulter des motifs de l'arrêt, qu'en tout cas l'interdiction de l'exercice de la médecine est une peine spéciale aux seuls médecins qui ont indiqué, favorisé, ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement, qu'elle ne saurait être prononcée pour tentative d'avortement en application d'un texte général qui ne vise pas spécialement les médecins et qui ne prévoit pas cette peine. Donc d'après H..., l'article 317-4° ne saurait s'appliquer en l'absence des éléments de ce délit spécial et l'article 317-1° ne saurait pas davantage s'appliquer, s'agissant d'un médecin : en tout cas, s'il est appliqué il ne saurait entraîner incapacité d'exercer la profession de médecin.

La Cour de cassation rejetant ce moyen, fait application de l'article 317-1 » : « Attendu que les dispositions de l'article 317-1° sont générales qu'elles punissent *quiconque a procuré ou tenté de procurer l'avortement*, que l'article 317-4° loin de restreindre l'application de l'article 317-1°,en ce qui concerne les médecins... etc... a au contraire pour objet d'atteindre et de frapper de l'interdiction de leur profession les personnes énumérées dans tous les cas où elles abusent de leur qualité pour répandre la pratique de l'avortement ».

« L'arrêt qui condamnait H..., pour tentative d'avortement en lui interdisant à l'avenir d'exercer sa profession était donc parfaitement motivé ».

Il fallait appliquer l'article 317-1° pour punir la tentative d'avortement exercée par un médecin, puisque l'article 317-4° ne la prévoit pas (d'ailleurs ce paragraphe 4 pour la pénalité du délit d'avortement renvoie au paragraphe 1) et appliquer l'article 317-4° dans sa disposition finale, puisque s'agissant d'un médecin l'incapacité d'exercice de la profession doit être prononcée à titre définitif ou temporaire.

Il nous semble ici, qu'il eut été plus simple de ne pas invoquer l'idée de tentative. Etant donné la large compréhension du texte de l'article 317-4°, il eut été facile d'y retrouver la qualification des faits reprochés à H... N'aurait-on pas pu dire que par sa visite à la Dame B..., au domicile de la femme M..., celui-ci avait « *favorisé* » les moyens de procurer l'avortement et appliquer les peines de l'article 317-4°. Avec cette interprétation, le premier moyen du pourvoi n'aurait pas été formulé, ne s'agissant pas de tentative. En effet H..., fondait encore son pourvoi sur ce premier moyen : il arguait que les faits qu'on lui reprochait ne constituaient pas le commencement d'exécution nécessaire pour constituer la tentative d'avortement. Ces faits sont analogues à ceux exposés dans le 1° de cette section et rapportés à l'arrêt du 30 mai 1943 ; la seule différence est qu'ici la tentative a manqué son effet, non par l'intervention de la police mais par l'opposition de la femme H... Nous nous sommes expliqués sur ce point et nous avons vu qu'en qualifiant ces faits de commencement d'exécution la jurisprudence ne méconnaissait pas les dispositions de l'article 2 du Code pénal mais était bien conforme à l'évolution de notre droit qui de plus en plus se subjectivise, ainsi que va encore le démontrer l'étude du délit impossible.

§ 2. — *Le délit impossible.*

Il s'agit en réalité d'une tentative qui n'est pas de nature à produire le résultat poursuivi, soit par la non-idonéité des moyens, soit par l'insuffisance ou l'inexistence de l'objet. C'est une tentative inadéquate, un délit qui ne peut pas être matériellement réalisé. La doctrine a construit tout une théorie du délit impossible.

Notre Code pénal actuel ne fait aucune allusion à sa répression en général.

Les travaux préparatoires de la loi du 27 mars 1923 relative à l'avortement, dans un avant-projet voté par le Sénat en 1919, indiquaient que la tentative d'avortement serait punissable aussi bien quand elle serait exercée sur une femme enceinte, que sur une femme que l'auteur « *croyait enceinte* ». Mais pour ne pas retarder le vote de la loi, par des discussions théoriques sur la répression du délit impossible, les mots « que l'auteur croyait enceinte » avaient été rayés du projet définitif.

Le décret-loi de 1939 a repris ce projet Lannelongue et dans son articoe 317-1° consacre législativement, en matière d'avortement, la répression du délit impossible faute d'objet.

1° *Impossibilité quant à l'objet.*

Jusqu'en 1939, en l'état des textes de droit pénal, pour que la tentative d'avortement soit punissable, il fallait que le fait de la grossesse fût expressément constatée. La jurisprudence suivait à la lettre les termes de la loi et exigeait pour la répression que la femme fut enceinte [1].

A. *Tentative d'avortement commise par un tiers quelconque sur une femme non enceinte.* — Le Code de la famille, en ce qui concerne la tentative d'avortement commise par un tiers quelconque sur une femme non enceinte (art. 377-1°) est formel il énonce « quiconque... aura tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou *supposée enceinte* ». Il n'y a aucune discussion possible devant la netteté des termes de la loi : la tentative d'avortement pratiquée sur une femme non enceinte est assimilée au point de vue de la répression à la tentative d'avortement pratiquée sur une femme enceinte : si les manœuvres ont été pratiquées, le tiers est punissable, il suffit de prouver le commencement d'exécution de la tentative pour établir la réalité des manœuvres abortives.

Faut-il que le tiers ait la *croyance* à tort que la femme est enceinte ? D'après les termes de l'article 317 « *supposée enceinte* » il semble que l'agent doit avoir nécessairement cette croyance.

Des juristes tels que Legal, Faucher [2], affirment que l'auteur

1. S. 1859.1.362.

2. Note H. Faucher, *J.C.P.*, 1942-2003 ; — M. Legal, *J.C.P.*, 1941. « La répression légale de l'avortement depuis le décret-loi du 29 juillet 1939 », p. 212.

de la tentative doit avoir effectivement cette croyance imaginaire que la femme était enceinte, les preuve des manœuvres ne suffisent pas.

Donnedieu de Vabres[1] dit qu'il est possible que l'agent ait cru à tort que la femme était enceinte, qu'il est possible aussi qu'il ait voulu le faire croire frauduleusement. Dans ces deux cas, sa responsabilité pénale pour tentative d'avortement est engagée. Dans le deuxième cas, une inculpation d'escroquerie peut se cumuler avec la précédente. C'est la question du cumul d'infraction : mais l'agent ne sera en réalité poursuivi que sur un chef devant les tribunaux répressifs. Tout dépend de son intention. Pour qu'il y ait tentative d'avortement, il faut que la volonté de l'agent soit tendue vers le but de procurer l'avortement, et s'il ne croit pas que la femme est enceinte, il est certainement coupable d'escroquerie. Il semble donc que la croyance de l'agent dans la grossesse de la femme doit être prouvée pour qu'il y ait tentative d'avortement punissable. Cette preuve est beaucoup plus facile que la preuve de la grossesse elle-même, elle résulte le plus souvent des agissements du coupable. Nous verrons quelle importance a au point de vue des poursuites et donc de la répression cette réforme de la tentative qui consiste à ne plus exiger la preuve de la grossesse de la femme.

M. Roux[2], d'ailleurs, reprenant les idées de Garraud, affirme qu'en l'absence de grossesse, il n'y a pas tentative. Pour reconnaître qu'il y a tentative punissable, il convient de rechercher si les éléments qui constituent le crime réalisé envisagé se trouvent au moins en puissance dans la tentative elle-même.

S'il est vrai qu'il n'y a pas à tenir compte de l'impossibilité de fait parce qu'elle résulte d'une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur, il faut tenir compte de l'impossibilité de droit qui implique l'inexistence de la tentative parce qu'elle implique l'inexistence du délit.

Or le délit d'avortement suppose comme élément constitutif la grossesse de la femme.

Dans ces conditions, on ne saurait juridiquement parler de

1. Donnedieu de Vabres, *Précis de droit criminel*, Supplément 1940, p. 15, note 3.
2. Roux, *Lois nouvelles*, 25 mars 1941 « Le Code de la famille », p. 100.

tentative d'avortement sur une femme non enceinte sans modifier les notions du droit pénal français ».

D'où M. Roux conclut qu'il serait plus exact de considérer que celui qui a pratiqué les manœuvres de l'article 317-1° dans le but de procurer l'avortement sur une femme non enceinte ne commet pas une tentative d'avortement mais bien plutôt un *délit sui generis.*

Le texte du Code de la famille envisagerait deux faits :

La tentative d'avortement sur une femme enceinte.

Le délit constitué par le fait de pratiquer les manœuvres sur une femme non enceinte avec la pensée de provoquer l'avortement. Ce serait un délit puni indépendamment du résultat, un peu analogue au délit commis par les tiers qualifiés. M. Roux, par ces considérations semble revenir à une conception objective de la tentative. Ce n'est pas là l'esprit de la loi et de la jurisprudence actuelle qui semblent élargir au contraire la conception de la tentative. La conception oblective de la tentative est évidemment plus protectrice des libertés individuelles, en principe la volonté devrait échapper au droit pénal, mais ce respect des libertés individuelles nuit alors à la répression.

Il est possible, qu'avec la création du délit de manœuvres exercées sur une femme non enceinte la répression soit aussi efficace. Tout dépend de la définition que l'on donnerait au mot « manœuvres » ; serait-il assez large, assez compréhensif, aussi compréhensif que la notion de commencement d'exécution, telle que la jurisprudence la donne ? Il est bien inutile de créer un nouveau délit, là où, avec la thèse subjectiviste, il est facile d'incriminer ces faits comme tentative, avec un commencement d'exécution, auquel la jurisprudence donne une portée si large qu'il est difficile à l'auteur d'échapper à la répression. Ainsi le veut la loi. Le texte de l'article 317-1° est, du reste, formel. Les mots « *supposée enceinte* » correspondent exactement au mot *tenté.*

La loi consacre ainsi nettement la répression du délit impossible en matière d'avortement : les auteurs prétendent qu'on peut tirer de là, la généralisation de la répression pour tout délit impossible. Il est encore trop tôt pour donner des affirmations si absolues : remarquons cependant la tendance de la jurisprudence à une « répression généralisée du délit impossi-

ble ». Dans un arrêt où il s'agissait de trafic d'or, le 12 février 1941[1] la Cour d'Aix déclare la tentative de négociation de matière d'or sans autorisation régulière punissable sans que l'agent puisse se prévaloir de ce qu'aucun acquéreur même éventuel n'ayant existé, la tentative était impossible. La même Cour d'Aix, le 12 juillet 1941 et la Cour de Toulouse, le 13 mars 1942[2] en matière de contrôle des changes déclare le délit impossible punissable comme tentative ou délit manqué « l'impossibilité, quel qu'ait été son caractère, étant une circonstance indépendante de la volonté de l'agent s'il a ignoré cette impossibilité ».

B. — *Tentative d'avortement commise par la femme sur elle-même alors qu'elle n'est pas enceinte.* — Si le texte est formel quand il s'agit de la tentative d'avortement d'un tiers quelconque sur une femme non enceinte, il ne s'est pas expliqué quand la tentative d'avortement est pratiquée par une femme sur elle-même alors qu'elle n'est pas enceinte. A lire l'article 317-3°, on n'aperçoit aucune précision relative à cette tentative d'un genre spécial.

Ce texte a donné naissance à de nombreuses controverses doctrinales et surtout à deux interprétations jurisprudentielles en sens opposé.

La Cour de Riom, le 30 août 1940[3] a consacré la thèse de la répression alors que la Cour d'Aix le 12 novembre 1940[4] s'est révélée en faveur de l'impunité de la femme coupable d'une tentative d'avortement sur elle-même, la preuve de la grossesse n'étant pas rapportée.

La Cour d'Aix s'appuie sur un argument de texte qui a sa valeur : « attendu que la disposition de l'article 317-3° ne reproduit pas la disposition *femme supposée enceinte* de l'article 317-1° : or, attendu que la loi pénale doit être interprétée *restrictivement*, on ne peut décider que la preuve de la grossesse ne doit plus être rapportée. On ne doit pas induire non plus que cette condition de preuve n'est pas exigée du fait que les mots « *si l'avortement s'en est suivi* » ont disparu du paragra-

1. *J.C.P.*, 1941.2.1661.
2. *J.C.P.*, 1942.2.1835.
3. *J.C.P.*, 1940-1530 (Légal).
4. *J.C.P.*, 1940-1570 (Magnol).

phe 3. Cette suppression s'imposait du fait que la tentative tombait sous le coup des nouvelles dispositions légales alors qu'elle n'était pas réprimée sous l'empire de l'ancien texte ».

Mais on peut lui objecter que si cette suppression était nécessaire pour la répression de la tentative proprement dite, dans le cas où elle est exercée par la femme, le texte actuel ne dit pas expressément que la *femme doit être enceinte* comme le disait le paragraphe 1er de l'article 317 tel qu'il avait été rédigé en 1923 et par l'insertion de ces mots, la grossesse était réellement exigée pour que toute tentative d'avortement fut punissable.

Rappelons que c'est sur un argument de texte similaire que la jurisprudence s'est appuyée pour punir les personnes énumérées à l'article 317-3° dans le cas où ils avaient opéré sur une femme non enceinte. Les tribunaux ont argué de l'absence des termes « si l'avortement s'en est suivi » et « une femme enceinte » à l'article 317-3°, alors que ces mots, dans la rédaction de 1923 se trouvaient à l'article 317-2°. Comme le dit très bien, M. Faucher, dans sa note à l'arrêt de la Cour de Limoges, la présence des mots « si l'avortement s'en est suivi » dans l'article 317-2°, était sous l'empire de la loi du 27 mars 1923, un argument de texte invoqué par les partisans de l'impunité du délit impossible et il est pour le moins curieux d'entendre des partisans à cette impunité après avoir argué de l'existence de ces mots en leur faveur, dénier à leur disparition toute valeur contre eux.

La solution de la Cour d'Aix paraît juridiquement justifiée par la règle « *nullum crimen, nulla pœna sine lege* » et la méthode d'interprétation restrictive des textes de droit pénal, si la loi avait entendu réprimer la tentative d'avortement sur une femme non enceinte par elle-même, elle l'aurait spécifié comme dans l'article 317-1°.

De plus, peut être le législateur entendait-il se montrer moins sévère pour la femme elle-même pratiquant une tentative d'avortement alors qu'elle se croit à tort enceinte.

M. Roux[1] bien que reconnaissant que le législateur a voulu d'une façon générale réprimer plus énergiquement l'avortement, donc punir la femme pratiquant des manœuvres sur

1. *Lois nouvelles*, déjà cité, p. 103.

elle-même alors qu'elle n'est pas enceinte, remarquant en outre combien d'anomalies amèneraient l'impunité de cette tentative (le tiers coupable d'une tentative d'avortement sur une femme qu'il croyait enceinte serait punissable, alors que la même femme ayant accepté de subir les manœuvres de ce tiers demeurerait impunie) déclare cependant que la solution de la Cour d'Aix consacrant l'impunité est la plus juridique : en l'état actuel des textes, il ne saurait dit-il, y avoir tentative, l'élément constitutif « grossesse de la femme » faisant défaut. Il estime que l'usage par une femme des moyens à elle indiqués ou administrés constitue un délit spécial, consommé dès que l'usage a lieu. Peu importe qu'elle soit enceinte, ou qu'elle ne le soit pas.

Sans doute, le texte dit « *à cet effet* » c'est-à-dire à l'effet de procurer l'avortement, ce qui laisserait supposer l'exigence de la grossesse de la femme, mais on ne peut tirer argument de ces mots, ils ne s'appliquent pas à l'usage fait par la femme des moyens, mais à l'intention de l'agent qui les indique ou les administre, intention punissable en tout état de cause par application de l'article 317-1°.

Cette solution rendrait la répression très facile, mais il ne semble pas que ce soit ainsi que le texte doit être interprété.

L'article 317-3° est calqué exactement sur l'article 317-1° dont il reproduit les termes : « La femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer » : il s'agit donc bien du même délit d'avortement que celui prévu à l'article 317-1° avec des pénalités moindres, et non d'un délit *sui generis* comme l'indique M. Roux.

La majorité de la doctrine avec Magnol, Legal, Faucher [1] critiquent vivement la solution de l'arrêt de la Cour d'Aix et se rangent à l'avis de la Cour de Riom qui confirme le jugement du Tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand et consacre la thèse de la répression de la tentative de la femme sur elle-même, dans le cas où le délit est impossible parce qu'elle n'est pas enceinte.

« Attendu que l'intention du législateur du décret-loi de 1939 telle qu'elle apparaît dans le rapport au Président de la République ensuite duquel a été rendu le décret, a été d'en

1. Notes aux arrêts déjà cités à la p. 31.

rendre la procédure plus facile et plus efficace : que considérant l'avortement d'une façon générale et voulant atteindre son but en supprimant l'obligation imposée au Ministère Public par les textes antérieurs de rapporter la preuve de la grossesse réelle de la femme sur laquelle ont été pratiqué les manœuvres : *cette considération s'applique aussi bien à la femme opérant sur elle-même,* qu'à la personne autre que la femme et même mieux si l'on songe que les pratiques opérées par la femme elle-même sont entourées de plus de secret encore.

Attendu que les caractères de la répression, variables suivant les auteurs, sont contenus dans le seul article 317 et que dans la rédaction de ce texte antérieure au décret-loi, la condition nécessaire de grossesse n'était exprimée qu'au paragraphe 1, d'où la nouvelle rédaction la fait disparaître explicitement par l'insertion des mots « supposée enceinte »; que cette suppression formellement réalisée dans la partie du texte qui établit les caracréristiques générales du délit, doit évidemment s'appliquer au paragraphe 3, qui ne vise qu'un cas particulier et où les conditions nécessaires de grossesse n'étaient pas écrites dans l'ancienne rédaction ». La Cour de Riom argue encore de l'anomalie qu'il y aurait à punir les tiers qui auraient administré ou indiqué des moyens d'avortement en cas de grossesse supposée de la femme alors que la femme qui aurait accepté d'employer ces moyens demeurerait impunie. Les faits impunis sont cependant connexes à ceux que le législateur réprime. « Dans une décision du 21 février 1942 [1], la Cour de Paris, relève cette anomalie dans une affaire analogue. La Cour de Riom s'appuie encore sur la suppression des mots « *si l'avortement s'en est suivi* » de l'article 317-3° par laquelle le législateur « semble avoir voulu atteindre toute intention criminelle d'avortement manifestée par un commencement d'exécution, sans égard aux raisons pour lesquelles elle n'a pu atteindre cet objectif ».

A l'appui de la thèse de la Cour de Riom, on peut apporter l'argumentation de M. Courtheaud [2] commentant la note de M. Magnol ; ce savant arrêtiste dit que la solution de la Cour de Riom aboutit à réprimer le délit impossible : dans un arrêt du 9 novembre 1928, la Cour de cassation a déclaré la tenta-

1. Paris, 21 février 1942, *J.C.P.*, 1942-2030.
2. *Répertoire Commaille,* art. 15229.

tive punissable dans un cas d'impossibilité relative tenant aux moyens employés ; mais lorsqu'il y aura impossibilité absolue, l'avortement sera-t-il punissable ? En réalité pour que l'impossibilité absolue soit démontrée, il faudrait que *fut démontré le fait que la femme accomplissant des manœuvres abortives n'était pas enceinte.* Dans ce cas évidement aucun délit. Mais, dès l'instant où la femme, *se croyant enceinte* aura accompli les manœuvres abortives, alors mêmes que la preuve de la grossesse préalable ne serait pas rapportée par le Ministère Public, ce qui sera fréquent, le délit est consommé. L'élément matériel sera constitué par les manœuvres elles-mêmes et la loi pénale sanctionne les faits même incertains dans leur existence (Voir par exemple le délit de suppression de part, voisin de celui d'avortement où le Code pénal proportionne la répression à la certitude plus ou moins grande de la condition de viabilité). Pour M. Courtheaud, la tentative d'avortement commise par la femme sur elle-même alors qu'elle n'est pas enceinte est constituée comme la tentative du tiers sur une femme non-enceinte et doit être réprimée.

La solution de la Cour de Riom et l'opinion des arrêtistes qui l'approuvent nous paraissent conformes à l'esprit de la loi.

L'article 317 en matière d'avortement forme un tout et les dispositios de l'article 317-1° s'appliquent aussi bien au cas envisagé au paragraphe 3 « la loi a prévu dans le premier paragraphe l'état de grossesse supposée pour l'application dans tous les cas dudit article »[1].

L'article 317-1° pose la définition du délit d'avortement et de la tentative d'avortement, c'est de ce paragraphe 1er que l'on déduit les éléments constitutifs de ce délit, ce même paragraphe indique les pénalités générales encourues par quiconque auteur du délit ; l'article 317-3° envisage le cas particulier de la femme auteur du délit, et prévoit pour elle les pénalités plus atténuées : mais le paragraphe ne répète pas la définition du délit et ce n'est pas d'après le seul paragraphe 3 qu'on pourrait indiquer quels sont ses éléments constitutifs : il faut donc bien se reporter au paragraphe 1er pour ces points essentiels, d'où nous concluons que les éléments constitutifs du délit de l'article 317-3° et par conséquent de sa tentative sont les mêmes que ceux du délit de l'article 317-1°.

1. *Répertoire Commaille*, déjà cité.

Et l'on ne peut pas dire qu'avec cette manière de considérer les textes, le principe d'interprétation restrictive des textes est en échec, comme le prétend la Cour d'Aix dans l'arrêt précité : ce principe, d'ailleurs, s'il était interprété strictement risquerait d'aboutir à de fâcheuses conséquences pour la défense sociale. La règle elle-même risquerait de disparaître comme dans les législations russes et allemandes, car elle a déjà de nombreux adversaires [1]. L'interprétation trop stricte conduit en effet à des résultats illogiques. « La loi pénale, dit M. Garraud, est déclarative de volonté » et nous l'interprétons de cette manière quand nous concluons que l'article 317-3° n'est qu'un cas particulier, qu'une application à la femme pratiquant des manœuvres sur elle-même, de la disposition de base de l'article 317-1°.

La défense dans l'affaire Valade [2] (il s'agit dans cette affaire encore d'une tentative d'avortement d'une femme sur elle-même, celle-ci se croyant enceinte) objecte à ce dernier argument que si le délit de l'article 317-1° était vraiment le cas général, l'article 317-2°, qui vise la circonstance aggravante d'habitude et qui fait bloc avec le premier paragraphe, devrait s'appliquer à la femme s'étant procuré l'avortement à elle-même d'une manière habituelle, c'est-à-dire au paragraphe 3 de l'article 317. Or de l'avis général, comme nous le verrons dans notre chapitre III, cette circonstance aggravante d'habitude ne s'applique pas au délit d'avortement commis par la femme. D'où la défense conclura que l'article 317-3° forme un tout indépendant et par suite, les mots « supposée enceinte » ne figurant pas à cet article, demande l'impunité de la femme.

La Cour de Limoges dans son arrêt fort bien motivé du 23 mai 1942, n'a pas fait droit à cette demande.

L'argument de la défense paraît spécieux.

On peut en effet lui opposer que le paragrapge 2 de l'article 317 ne vise pas le délit d'avortement en général mais seulement des pénalités aggravées applicables aux personnes coupables de s'être livrées habituellement aux actes prévus par l'article 317-1°, il ne s'agit donc pas au paragraphe 2, des

1. Magnol, *J.C.P.*, 1940-1570.
2. *J.C.P.*, 1942-2003, note M. Faucher.

éléments constitutifs du délit d'avortement en général mais de peines plus sévères pour le tiers qui se livre habituellement aux manœuvres abortives : ces peines ne visent pas la femme, puisque celle-ci encourt précisément des peines atténuées de l'article 317-3° et que ce paragraphe ne comporte aucune référence au paragraphe 2. Ces peines aggravées ne visent que les tiers et les professionnels, et pour ceux-ci le paragraphe 4 de l'article 317 et renvoie au paragraphe 2 dans le cas où il y a circonstance d'habitude. L'aggravation n'atteint, il est vrai, pas la femme, mais des explications qui précèdent, on retire que le délit commis par elle n'en est pas moins défini par l'article 317-1° qui vise le délit en général et non les pénalités énoncées dans chaque cas particulier.

Qu'ajouter à ces arguments de texte en faveur de la thèse répressive ? Que le Code de la famille a modifié l'article 317 dans un but de répression énergique et exemplaire, quels que soient les auteurs du délit, dans un but de défense sociale. La non exigence de la grosssese de la femme facilite la preuve du délit et donc sa répression. Accorder l'impunité à la femme, dans le cas que nous examinons, n'est -ce pas aller à l'encontre de l'esprit de la loi ?

Il semble que les arguments développés soient convaincants et nous amènent à approuver la thèse de la répression.

Relevons d'ailleurs d'autres arrêts de Cour d'appel qui ont eu à statuer sur la question et l'ont fait pour la majorité, dans ce sens.

La Cour d'appel de Toulouse, le 16 mars 1940, le 15 juin 1940 et 20 septembre 1940 [1] a décidé que la tentative d'avortement commise par une femme sur elle-même alors qu'elle se croyait enceinte est légalement constituée et par conséquent punissable, dès l'instant que ses manœuvres ont été accomplies avec l'intention et dans le but de réaliser l'avortement, le commencement d'exécution prévu par l'article 2 du Code pénal est suffisamment caractérisé.

La Cour de Paris, saisie pour la première fois de la question le 21 février 1942, décide qu'une telle tentative est punissable sans qu'il soit nécessaire de prouver la grossesse réelle, la

1. *J.C.P.*, 1941-1631.

preuve de la grossesse supposée est suffisante pour caractériser l'intention, élément essentiel du délit.

La Tribunal correctionnel de la Seine, dans une affaire analogue, le 31 octobre 1942[1], a statué dans le même sens reprenant les arguments de texte déjà invoqués et en joint un nouveau, si la femme échappait aux dispositions de l'article 317-3°, aucun texte ne pourrait s'opposer à ce qu'elle soit poursuivie comme complice du tiers dont elle a sollicité et payé les manœuvres abortives, elle serait en cette qualité passible des peines édictées dans le paragraphe 1er de l'article 317 et même par le paragraphe 2 et ainsi elle encourrait des peines plus graves que si elle était réellement enceinte elle s'était prêtée à des manœuvres ayant provoqué un avortement.

Dans le même sens a été rendu un arrêt le 27 mars 1942 par la Cour de Limoges[2].

Il suffit donc pour la tentative de la femme comme pour celle du tiers de prouver la réalité des manœuvres abortives et la croyance de l'agent en la grossesse.

Les arrêts dissidents sont rares : signalons avec l'arrêt de la Cour d'Aix, un arrêt de la Cour de Limoges du 13 décembre 1941[3], un jugement du Tribunal correctionnel de Tulle du 25 février 1942[4] qui a été réformé par la Cour d'appel de Limoges le 3 mai 1942, c'est la fameuse affaire Valade dont nous avons déjà parlé. Cette affaire d'ailleurs a fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Dans une affaire similaire, la Cour de cassation[5] vient de se prononcer. « Attendu qu'aux termes de l'article 317, al. 2, il suffit pour que ses dispositions deviennent applicables à la femme *supposée enceinte*, sur laquelle ont été pratiquées les manœuvres, qu'elle ait consenti à faire usage des moyens à elle « indiqués ou administrés » à l'effet de se procurer l'avortement ».

C. — *Tentative d'avortement commise par les professionnels énumérés à l'article* 317-4°. — L'article 317-4° s'occupe d'un délit spécial commis par des médecins, que nous avons étudié

1. *Gaz. Pal.*, Samedi 9 au Mardi 12 janvier 1943.
2. *J.C.P.*, 1942-1821.
3. *J.C.P.*, 1942-1853.
4. *J.C.P.*, 1942-1821.
5. Cass., 8 juillet 1943, D. 1943, J. 66.

dans notre première section. Ce délit formel ne comporte pas de tentative, il existe, avonsnous vu, alors que la grossesse de la femme n'est pas établie.

Pourrait-on imaginer une tentative d'avortement commise par les professionnels et qui n'entre pas dans la qualification si large du délit de 317-4° ? La Cour de cassation a eu à rendre un arrêt dans cette situation, le 30 juillet 1942, nous avons étudié cet arrêt dans le paragraphe 1er, « tentative proprement dite » de la Section II sous le numéro 3°. Supposons que dans cette espèce, la femme n'ait pas été enceinte, la Cour aurait certainement fait application au professionnel, du paragrahe 1 de l'article 317. L'interdiction d'exercer la profession doit être prononcée accessoirement alors qu'antérieurement ce n'était qu'une faculté. Il n'y aurait pas de raison en effet pour que ces professionnels échappent à la répression là où de simples particuliers se verraient punis.

2° *Impossibilité quant aux moyens.*

On s'est demandé si l'administration de substances ne pouvant avoir aucun effet sur la grossesse et par conséquent inaptes à procurer l'avortement était punissable.

Il s'agit là d'un délit impossible par la non idonéité des moyens. L'agent évidemment doit s'être proposé pour résutat d'obtenir l'avortement.

La question se pose dans les mêmes termes que la question du délit impossible faute d'objet envisagé précédemment. La jurisprudence, dans ce cas, bien avant 1939 avait résolu la question dans le sens du rejet de la théorie du délit impossible.

L'arrêt le plus important, en la matière, a été rendu par la Cour de cassation le 9 novembre 1928 [1].

Il s'agissait de personnes coupables d'avoir essayé de faire avorter leur domestique en lui administrant des injections d'eau de Cologne et de vinaigre. On se trouvait en présence d'une tentative d'avortement absolument irréalisable, les injections d'eau de Cologne et de vinaigre, ne pouvant, en aucun cas, amener l'interruption de la grossesse.

La Cour de cassation a néanmoins considéré qu'il y avait

1. D. 1929.1.97, note Henry.

commencement d'exécution au sens de l'article 2 du Code Pénal, les manœuvres délictueuses ayant été accomplies avec le dessein de procurer l'avortement, quand bien même ces manœuvrrs auraient été impuissantes à procurer le résultat envisagé par l'agent, cette circonstance est indépendante de la volonté de son auteur.

La jurisprudence récente suit cet arrêt ; la Chambre criminelle le 20 octobre 1938 [1] considère encore comme une tentative punissable, la remise à une femme enceinte, par un individu, d'une bouteille remplie d'un liquide jaunâtre, d'un flacon dont il la force à avaler le contenu, de pilules qu'il lui fait prendre pendant 3 jours à raison de 8 par jour ; enfin sur le refus de la femme de boire le contenu de la fiole, lui porte un coup de pied au ventre dans le but de lui procurer l'avortement, alors que ces moyens sont insuffisants à le provoquer.

Depuis le Code de la famille, la même jurisprudence a continué à se faire jour dans les arrêts plus récents.

La Cour de cassation, le 21 décembre 1939 [2] casse une décision de relaxe de la Cour de Poitiers du 24 mars 1939 et déclare : « Mais attendu que les manœuvres accomplies avec l'intention et dans le but de procurer un avortement constituant le commencement d'exécution prévu par l'article 2 et l'article 317 et que dès lors le fait énoncé par l'arrêt que ces manœuvres pouvaient avoir été par elles-mêmes insuffisantes à produite le résultat auquel elles tendaient, n'est que la constatation que c'est par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur que la tentative a manqué son effet ».

Le Tribunal correctionnel de La Rochelle [3] le 20 octobre 1941 et le 18 septembre 1941 prend des décisions analogues.

La Chambre criminelle, le 21 janvier 1942 [4] constate qu'une femme est enceinte, que l'intention du pharmacien N..., était de lui procurer l'avortement, que pour ce faire, des manœuvres ont été accomplies qui ont manqué leur effet par suite de circonstances indépendantes de la volonté de N..., Peu importe que ces manœuvres soient inefficaces, les éléments exigés par l'article 2 du Code pénal sont réunis et N..., a commis une

1. *J.C.P.*, 1938-910.
2. *Gaz. Pal.*, 1940.1.100.
3. *Gaz. Pal.*, 1941.2.404 et 554.
4. *J.C.P.*, 1942, 1821, note de M. Nast.

tentative d'avortement qui, pour être impossible n'en est pas moins punissable.

La Cour de Limoges, dans l'arrêt déjà cité du 23 mai 1942 s'exprime ainsi : « Peu importe que la dame V..., eut pour se faire avorter recours à l'emploi d'une canule rectale inapte à pénétrer dans le col de l'utérus, le délit étant consommé dès l'instant où se pensant enceinte, elle fait usage de moyens qui dans son esprit devaient lui permettre d'amener sa délivrance ».

De l'attendu de cet arrêt, retenons que l'agent doit croire à l'efficacité des moyens employés, les moyens peuvent être abortifs et employés maladroitement. ils peuvent n'être pas abortifs par leur nature, mais ils sont considérés comme tels au point de vue de la répression, s'il entre dans les vues de l'agent qui croit à leur efficacité de se faire avorter grâce à eux.

La Cour de Paris, dans l'arrêt déjà cité du 21 février 1942, juge dans le même sens.

La jurisprudence, on le voit, est unanime, en matière de délit impossible quant aux moyens, à voir dans ce délit une tentative d'avortement punissable.

Comme en matière d'impossibilité quant à l'objet, elle fait une réserve au cas où la tentative ne choque pas le bon sens et ne révèle pas une stupidité telle que toute poursuite demeure inutile. « On ne verrait pas inquiéter une jeune fille, émule de l'Agnès de Molière et convaincue que les enfants viennent par les oreilles, pour avoir pris des bains de cette partie du corps pour éviter une grossesse ».

A part cette exception, la théorie du délit impossible est totalement rejetée par la jurisprudence.

Nous pouvons conclure de cette vue d'ensemble sur la tentative que le Code de la famille a généralisé la répression de la tentative en matière d'avortement : il a créé une tentative punissable dans le cas où l'avortement est pratiqué par la femme sur elle-même.

La jurisprudence, interprétant l'esprit de cette loi, a dans l'intérêt de la répression, adopté une vue très subjective du commencement d'exécution : comme le dit, M. Faucher « en même temps qu'un droit se socialise, il se subjectivise » : les droits étrangers sont déjà en marche dans ce sens.

Le Code de la Famille a, de plus, consacré la répression du délit impossible dans un cas déterminé (art. 317-1°)

Actuellement, toute la jurisprudence est dans ce sens, sauf quelques décisions dissidentes de tribunaux correctionnels et de la Cour d'Aix en matière de tentative d'avortement de la femme sur elle-même alors qu'elle n'est pas enceinte : mais la Cour de cassation vient de trancher cette question dans le sens de la répression, bien que les adversaires reprochent à cette thèse de laisser trop de liberté d'appréciation aux tribunaux et par conséquent de méconnaître les droits invididuels. Mais ils oublient que la Cour de cassation a un contrôle sur la qualification de la tentative et donc sur la notion de commencement d'exécution : il semble que c'est là une garantie suffisante des libertés, et celles-ci doivent-elles primer la morale et la défense sociale ?

Un bon droit pénal doit réaliser l'équilibre entre ces deux tendances antinomiques. Il semble que la conception subjective actuelle le réalise, grâce, précisément, au contrôle de la Cour suprême.

Section III

Cas où l'avortement n'est pas incriminé (art. 87).

L'article 87 du Code de la Famille prévoit un cas où l'avortement n'est pas incriminé. « Lorsque la sauvegarde de la vie de la mère exige soit une intervention chirurgicale, soit l'emploi d'une thérapeutique susceptible d'entraîner l'interruption de la grossesse, le médecin traitant ou le chirurgien devront obligatoirement prendre l'avis de deux médecins concultants, dont l'un pris sur la liste des experts près le Tribunal civil, qui, après examen et discussion, attesteront par écrit que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une telle intervention thérapeutique. Un des exemplaires de la consultation sera remis à la malade. Les deux autres conservés par les deux médecins consultants ».

Il s'agit là de l'avortement thérapeutique.

L'avortement thérapeutique est celui qui est pratiqué par un médecin en vue de sauver la vie de la mère.

Il était connu et pratiqué par les anciens. Hippocrate, dans son traité des maladies des femmes, énumère les méthodes

d'avortement au cas où la femme ne peut sans danger accoucher à terme.

Dans l'Europe chrétienne du Moyen Age, sous l'influence de l'Eglise, l'avortement thérapeutique cesse d'être pratiqué. Il est employé au XVII^e^ et au XVIII^e^ siècle en Angleterre, en Allemagne, en Italie, mais la France rejette toujours cette méthode sauf au cas d'hémorragie abondante qui ne laisse aucun espoir de salut de la mère que dans la délivrance [1]. Le Code pénal de 1810 interdisait l'avortement d'une façon absolue ; il ne prévoyait aucun cas spécial : l'hypothèse dans laquelle les médecins pouvaient provoquer l'interruption de la grossesse dans un but thérapeutique n'était pas envisagée. Mais la jurisprudence ne réprimait pas cette pratique qui, bien qu'illégale, lui paraissait commandée par des raisons d'humanité. La conscience médicale elle-même, faisait fi du texte légal pour pratiquer l'avortement thérapeutique et en admettre le principe.

En 1852, la question de l'avortement médical avait été porté devant l'Académie par le Professeur Dubois, à propos du cas de Mlle Julie Gros qu'avait fait avorter le docteur Lenoir pour rétricissement du bassin. Après une longue discussion, l'Académie approuva l'attitude du Dr. Lenoir. « L'Académie proclame que l'avortement volontaire, non justifié par un état pathologique dûment constaté de la femme en état de gestation, est un meurtre individuel et un crime contre la nation »[2].

Le professeur Pinard, au Congrès de Gynécologie en 1902 admet l'avortement thérapeutique, si la vie de la mère est immédiatement menacée par une affection directement créée ou aggravée par la grossesse et si l'on a la certitude clinique, en interrompant celle-ci, d'obtenir la guérison.

On voit, peu à peu, les médecins élargir le champ d'avortement thérapeutique, à tel point qu'on ne voit plus très bien quelles en sont les frontières. Les médecins n'arrivent pas, en cette matière, à résoudre le problème à l'unanimité. Il est vrai que ce n'est pas à leur compétence qu'il faut laisser le souci d'apprécier si un tel avortement est licite ou non. On en a

1. BAUDELOQUE, *L'art des accouchements*, 1771.
2. *Dictionnaire de sociologie*, *op. cit.*, au mot « Avortement », p. 1488.

fait le plus souvent une question médicale, mais elle est avant tout d'ordre moral et juridique.

Au point de vue moral, l'avortement directement provoqué, même pour sauver la vie de la mère, constitue un homicide : l'avortement indirectement provoqué, c'est-à-dire l'opération destinée à guérir la mère mais ayant entraîné un avortement non voulu n'est pas contraire aux règles morales. Dans le premier cas, on tue volontairement l'enfant, c'est un fœticide. Dans le deuxième cas, on est obligé de le laisser mourir.

Les médecins catholiques suivent à la lettre les préceptes de cette morale inflexible et préfèrent laisser mourir la mère plutôt que de sacrifier l'enfant, qui bien qu'embryon, est déjà pour eux un être humain dont il faut avant tout sauver l'âme.

Dans le domaine juridique, la question est autre. Parce que l'avortement est formellement interdit par le Code pénal de 1810, certains juristes estiment qu'aucune distinction ne peut être établie touchant au but de l'avortement et que celui-ci est puni d'une façon absolue.

La question de l'avortement thérapeutique ne s'est jamais posée en jurisprudence, on ne connaît pas d'exemple de médecins poursuivis devant les tribunaux pour avoir pratiqué un avortement thérapeutique [1].

La doctrine a essayé de justifier cette pratique. A l'occasion de la discussion mémorable de l'avortement thérapeutique pratiqué par Lenoir, le rapporteur Cazeaux [2], d'accord avec les médecins, soutient que cette pratique ne saurait tomber sous le coup de la loi : il n'y a pas d'intention criminelle, donc pas de crime. L'impunité du médecin serait donc basée sur son défaut d'intention.

Cette opinion paraît insoutenable : le médecin sait bien qu'il accomplit un acte prohibé par la loi, qu'il porte atteinte à la vie embryonnaire protégée par l'article 317 : il agit bien dans le but de provoquer l'avortement. Il y a seulement entre l'avortement criminel et l'avortement thrapeutique une différence de motifs qui ne saurait être assez importante pour que le premier soit puni et le deuxième soit licite.

1. PINARD, *Le fœticide thérapeutique*, Grenoble.
2. *Dictionnaire de sociologie, op. cit.*, au mot « Avortement », p. 1492.

Bonnaire, du Moriez[1] soutiennent que vers 1911, l'avortement thérapeutique ne bénéficie d'aucune immunité légale. Du Moriez indique que l'avortement thérapeutique est un crime punissable dès que l'agent a eu l'intention de le commettre, peu importe les motifs que l'ont poussé à agir.

Les pénalistes protestent. Garraud, Le Poittevin, Maxwell[2] soutiennent au contraire que l'avortement thérapeutique ne tombe pas sous le coup de la loi. Le médecin n'ayant pas d'intention criminelle, il ne saurait y avoir de culpabilité, disent ces auteurs.

Maxwell s'appuie sur la théorie de la légitime défense. La mère aurait le droit de se défendre contre l'enfant qui s'attaque à sa vie, sa santé. C'est élargir abusivement la théorie de la légitime défense. Le fœtus ne peut pas être considéré comme l'agresseur injuste. Garçon fait appel à la théorie de l'état de nécessité, plus communément admise en la matière. Il y a conflit entre deux existences : « dans le conflit extrême, on peut sacrifier l'une ou l'autre sans crime »[3].

Les conditions de l'état de nécessité sont très rigoureuses et la vie de l'enfant n'est sacrifiée que si la vie de la mère court un danger extrême qui ne saurait être pallié que par la mort du fœtus. Il faut que les deux existences soient opposées l'une à l'autre. Dans le cas où la mort de l'enfant et de la mère sont certaines, le médecin ne doit pas hésiter à procurer l'avortement. Si la mort de la mère est certaine après la naissance de l'enfant, l'avortement est encore permis.

Si la mère court un danger extrême qui dépend de la grossesse et qui cessera certainement après l'interruption de la grossesse, l'avortement est permis[4]. Mais tous les auteurs ne sont pas encore bien d'accord sur les cas où cette nécessité existe. Certains disent qu'il y a nécessité seulement dans le cas où la vie de la mère est en danger. D'autres n'exigent pas le danger imminent et pour eux, il suffit que la santé de la femme soit gravement compromise par l'évolution de la grossesse pour que l'avortement médical soit pratiqué.

En Allemagne, où l'état de nécessité est admis comme un

1-2. BALTHAZARD, *Bulletin de l'Académie de médecine*, séance du 12-12-22, Paris. *Etude médico-légale de l'avortement thérapeutique*, p. 480 à 487.
3. GARÇON, *Code pénal annoté*, p. 744.
4. BALTHAZARD, *op. cit.*, p. 484.

fait justificatif d'une façon générale par le Code pénal, la question de l'avortement médical a été tranchée par le Reichsgericht le 11 mars 1927, pour un cas que le Code pénal allemant ne prévoyait pas [1].

Un médecin aliéniste ayant contaté chez une femme des idées de suicide dues à son état de grossesse avait prié un accoucheur de provoquer l'avortement. Le diagnostic ayant été reconnu faux, des poursuites furent engagées contre le médecin. Le tribunal a jugé que l'interruption de la grossesse n'est pas contraire au droit lorsqu'elle est l'unique moyen de préserver la mère d'un péril de mort ou d'un danger grave pour sa santé.

Mais d'après M. Donnedieu de Vabres, la doctrine de cet arrêt, indulgente pour la pratique de l'avortement, a été amendée par certaines décisions postérieures, notamment par un arrêt du 20 avril 1928. Elle est implicitement répudiée par la loi récente du 14 juillet 1933, paragraphes 10 et 14, complétée par celle du 24 juin 1936 qui limite étroitement le cas où est autorisée pour des raisons d'eugénique, l'interruption de la grossesse [2].

Les Codes étrangers sont divisés à ce point de vue, dans leurs opinions.

Certains admettent l'avortement médical, état de nécessité, seulement dans le cas de danger pour la vie de la mère ; d'autres l'admettent également lorsqu'il y a danger grave pour sa santé, tel le Code suisse de 1938.

Le droit français, relatif à l'avortement, qui pourtant a été remanié par la loi du 27 mars 1923, en était toujours réduit aux controverses doctrinales pour décider dans quels cas l'avortement médical était permis : finalement malgré l'absence de texte, il trouvait une justification dans la permission de la loi : le médecin qui a obtenu son diplôme est autorisé à faire tous les actes qui ont un but curatif : sa responsabilité n'étant engagée qu'en cas de faute.

L'état de nécessité est aussi, dans des cas exceptionnels, invoqué pour justifier les opérations urgentes.

Il était d'ailleurs recommandé que le médecin eût obtenu au

1. M. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel*, p. 225, note 1.
2. Donnedieu de Vabres, *Politique criminelle des Etats totalitaires*, p. 132.

préalable, le consentement de la parturiante ou de sa famille et même l'approbation d'un second médecin. Ces conseils n'étaient, en fait, pour ainsi dire pas suivis : l'avortement thérapeutique était reconnu implicitement.

Le Code de la Famille a prévu, dans son article 87, le cas de l'avortement thérapeutique. C'est le seul cas prévu par la loi qui exempte l'avortement de toute peine.

Aucune autre indication, dans notre droit pénal, ne permet d'exclure la répression de l'avortement, on ne prend pas en considération, comme dans certains droits étrangers, les mobiles pour justifier l'avortement : aucune indication, morale, sociale ou eugénique, ne permet d'atténuer ou de ne pas appliquer les peines prévues par le Code de la Famille.

Toute une réglementation est prescrite pour que l'avortement de l'article 87 ne soit pas incriminé.

Désormais, le médecin traitant qui veut pratiquer un avortement thérapeutique pour sauvegarder la vie de la mère, doit prendre l'avis de deux médecins consultants recrutés d'une façon déterminée par la loi : l'un est pris sur la liste des experts près du Tribunal civil. La consultation doit être rédigée en trois exemplaires dont l'un est remis à la malade, les deux autres sont conservés par les deux médecins consultants.

Si le médecin traitant a rempli ces formalités, il est à l'abri de toute poursuite. Dans le cas d'inobservation de ces formalités, bien que le texte cité n'indique aucune sanction, le médecin doit-il être poursuivi comme coupable d'avoir commis un avortement criminel et ressortissant comme tel du tribunal correctionnel en application de l'article 317-4° ?

Il semble que l'on peut dire que, par l'omission même des formalités commandées par l'article 87, il y a à l'encontre du médecin une présomption de culpabilité : il peut d'ailleurs faire tomber cette présomption en démontrant qu'il a agi sous l'empire des nécessités et n'a pu remplir les formalités demandées, vu l'urgence ou pour toute autre raison.

C'est au tribunal d'apprécier : la question ne s'est pas encore présentée devant les tribunaux répressifs et nous croyons qu'actuellement, pas plus qu'autrefois, quand aucun texte n'avait prévu ce cas, nous verrons un médecin puni pour avoir procédé à un avortement thérapeutique qu'il pourrait justifier.

Il ne pourra pas être davantage poursuivi sur le chef d'omission de formalités exigées par l'article 87, puisque ce texte n'indique aucune sanction.

M. Roux nous dit[1], que l'inobservation des formalités constitue un acte d'exercice illégal de la médecine (art. 16, § 3 de la loi du 30 novembre 1892) puni des peines de l'article 18. « Exerce illégalement la médecine, toute personne, qui munie d'un titre régulier, sort des attributions que la loi lui confère, notamment... » Le mot « notamment » indique que l'énumération qui suit dans le texte, n'est donnée qu'à titre d'exemple : on peu donc facilement y comprendre, l'omission des formalités exigées à l'article 87 du décret-loi du 29 juillet 1939.

Pour M. Roux, d'après les travaux préparatoires qui ont précédé la loi de 1892, le législateur aurait voulu atteindre tous les cas dans lesquels un médecin viole les obligations et les règles qui lui sont imposées par sa profession. « Tous les délits dont il est question à l'article 16 concernant l'exercice illégal de l'art de guérir envisagé sous ses différentes formes et à différents degrés. La loi elle-même a prévu les conditions dans lesquelles certaines catégories de personnes peuvent exercer leur profession ». Le législateur de 1939 n'ayant prévu aucune sanction aux prescriptions de l'article 87 se référerait implicitement à la loi de 1892. « Il est, dit-il, peu probable qu'il s'agisse là d'une omission involontaire, puisque l'article 89 parle de l'article 87, s'exprimant ainsi : « Relativement aux délits prévus et punis par les paragraphes 1, 2, 3 et par les articles 84, 86, 87 du présent décret... ». Or, à ce mot délit correspondent des peines corrrectionnelles. L'article 87 ne vise que les médecins et chirurgiens, les sages-femmes n'ayant pas qualité pour apprécier si une femme est ou non en danger de mort. Si elles le faisaient, elles exerceraient illégalement la médecine

La solution de M. Roux est très séduisante. Mais il paraît étendre abusivement le domaine de l'exercice illégal de la médecine en y assimilant le simple manquement à des formalités que l'on pourrait qualifier d'administratives.

En effet, le médecin traitant qui décide d'opérer un avorte-

1. M. Roux, *Lois nouvelles*, déjà cité, p. 111.

ment thérapeutique, fait très grave, et, qui, non pressé par le temps, consulte deux de ses confrères, formalité prévue par l'article 87, peut avoir la certitude qu'ils se rangeront de son avis. Il est très rare que la famille accepte que la parturiante subisse l'opération sur le seul diagnostic d'un médecin ; le plus souvent, il y a eu consultation de deux confrères ; au moment de l'accomplissement des formalités exigées par la loi, ce sera certainement le même médecin déjà consulté qui devra attester que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une intervention abortive. A ce moment, il n'a qu'à fournir une attestation écrite de ce qu'il a déjà vu avec son confrère : ce n'est donc bien qu'une pure et simple formalité qui lui est demandée.

Remarquons que si le médecin traitant est un praticien dénué de scrupule et de conscience professionnelle, comme c'est lui qui le plus souvent désignera à la famille le médecin consultant, il lui sera facile de le choisir parmi les confrères de sa mentalité, s'il désire masquer sous le nom d'avortement thérapeutique, un avortement criminel.

Quant à l'autre médecin dont la présence est exigée par l'article 87, il doit être choisi sur la liste des experts près le tribunal civil : ce n'est peut-être pas un médecin compétent dans toutes les spécialités ; il n'est pas toujours spécialiste dans l'art des accouchements et ne connaît pas spécialement les questions d'interruption médicale de grossesse ; aussi le plus souvent, il ne prendra pas position contre une solution déjà indiquée par deux de ses confrères : il se bornera a approuver leur diagnostic.

Si les formalités ne sont pas remplies, deux cas peuvent être envisagés : ou le médecin traitant pressé par le temps ou autre nécessité, n'a pu les remplir et devant l'urgence, il est abusif de l'accuser d'exercice illégal de la médecine. « En effet, si la cliente fortunée dont la vie risquerait d'être en danger, arriverait aisément à obtenir des médecins consultant l'attestation par écrit permettant d'éviter la grossesse, la malheureuse dans le même cas ou accablée des charges disproportionnées avec son maigre salaire pourrait à peine consulter 2 médecins, en tout cas ne pourrait obtenir la double consultation exigée par l'article 87. L'infraction commise par une sage-femme ou un

médecin pitoyable ou par tout autre personne pourrait parfois ne pas constituer un indice très grave de criminalité[1].

Ou sciemment, le médecin n'a pas rempli ces formalités, parce qu'il n'a pas osé demander ou n'a pas trouvé de complaisance coupable auprès de ses confrères pour l'aider à masquer un délit d'avortement sous la qualification d'avortement thérapeutique, et c'est alors trop peu de l'accuser d'exercice illégal de la médecine sur le simple défaut de ces formalités.

Nous pensons qu'il vaut mieux admettre que cette absence de formalité entraîne une présomption de culpabilité du délit d'avortement de l'article 317, au coupable de renverser cette présomption par la preuve de sa bonne foi.

Il ne semble pas d'ailleurs qu'un texte fut bien nécessaire pour entraver la liberté des médecins en matière d'avortement médical. On a déjà vu de nombreux médecins pratiquer l'interruption de la grossesse suivant leur conscience et sans risquer aucune poursuite. Comme nous l'avons déjà dit, l'absence de formalité peut n'être pas un indice de criminalité, alors que les formalités peuvent recouvrir le délit. Il reste à voir quelle portée la jurisprudence donnera à l'article 87. Pour notre part, nous ne sommes pas très convaincu de son utilité.

Quoiqu'il en soit, pour la première fois, notre droit pénal indique formellement un cas particulier dans lequel l'avortement doit demeurer impuni.

Section IV

Personnes incriminées.

Les personnes punissables, en matière d'avortement comme lorsqu'il s'agit d'une infraction en général, sont celles qui ont joué un rôle actif dans la commission de l'infraction, c'est-à-dire les auteurs ou coauteurs du délit, et celles qui ont joué un rôle de second plan, nous voulons parler des complices.

§ 1. — *Auteurs du délit. — Coauteurs.*

L'auteur d'une infraction est celui qui exécute cette infraction, qui joue un rôle prépondérant dans son accomplissement.

1. Lebret, *J.C.P.*, 1941. Etude 229.

Cet auteur peut ne pas avoir agi seul. Le coauteur de l'infraction est punissable comme l'auteur principal.

Est co-auteur, celui qui a concouru à l'infraction par sa coopération directe, immédiate, matérielle : celui qui a aidé l'agent dans les faits qui lui sont reprochés, qui ont consommé l'infraction et qui ne pourra pas par le jeu de l'article 60 du Code pénal être qualifié de complice.

Le coauteur a , dans l'exécution de l'infraction, une part égale à celle de l'auteur principal. L'article 317 envisage dans trois paragraphes différents, trois catégories de personnes punissables pour le délit d'avortement.

1° Les tiers qui sont incriminés en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 317 ;

2° La femme dont le cas est envisagé au paragraphe 3 ;

3° Les professionnels dont la liste nous est fournie par le paragraphe 4.

1° *Les tiers.* — L'article 317-1° les désigne sous le terme de « quiconque » expression très générale qui signifie : toute personne autre que la femme et les professionnels. Ces tiers sont punissables s'ils ont commis le délit d'avortement, de quelque manière qu'ils l'aient commis : à l'insu ou avec le consentement de la femme. Ils sont punissables que l'avortement ait été consommé ou seulement tenté, que la femme soit enceinte ou ne le soit pas.

Le tiers a pu agir seul ou en coopération avec un ou des coauteurs : ceux-ci, s'ils ont un rôle actif, sont punis comme lui-même.

Il peut être lui-même co-auteur d'un médecin ou de l'un des professionnels énumérés à l'article 317-4°, sa peine demeure toujours celle prévue au paragraphe 1 de l'article 317.

Il encourt des peines plus lourdes, s'il a l'habitude de se livrer à des manœuvres abortives (art. 317-2°).

2° *La femme.* — L'article 317-3° punit la femme qui se procure l'avortement à elle-même, que l'avortement ait suivi ou non les manœuvres, c'est-à-dire que l'avortement ait été procuré ou seulement tenté. Nous avons vu qu'on discutait encore la question de la répression de la tentative d'avortement d'une femme sur elle-même alors que la femme n'est pas enceinte.

La femme qui aura consenti à faire usage de moyens à elle indiqués ou administrés destinés à lui procurer l'avortement, ne sera pas considérée comme co-auteur ni comme complice du tiers, mais comme auteur principal du délit d'avortement prévu à l'article 317-3°. Le Code Pénal fait du simple consentement de la femme, un délit d'avortement. La femme n'est jamais ni coauteur, ni complice,

Notre Code pénal ne prévoit pas le cas où la femme aurait pratiqué plusieurs avortements sur elle-même de telle sorte qu'on pourrait la considérer comme un délinquant d'habitude. La circonstance aggravante d'habitude n'existe pas à l'égard de la femme opérant sur elle-même ou consentant à l'avortement.

Dans le cas où la femme qui s'est procuré l'avortement à elle-même est une sage-femme ou une personne qualifiée, elle n'encourt pas les peines de l'article 317-4°. On fait abstraction de sa qualité pour la punir simplement aux termes de l'article 317-3° (en ce sens une décision de la Cour de Besançon du 20 février 1888)[1].

3° *L'homme de l'art.* — Le Code pénal de 1810 donnait des tiers qualifiés punissables une énumération qui a paru insuffisante à la jurisprudence : elle a cherché à étendre la liste des personnes qualifiées. Au terme de Code de 1810, ces personnes étaient « les médecins, chirurgiens, ou autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens ». La jurisprudence était fixée en ce sens que les sages-femmes se trouvaient comprises dans l'expression « ou autres officiers de santé ». Mais il y avait controverse sur le point de savoir si les herboristes rentraient dans cette énumération.

La loi du 27 mars 1923 a complété la liste, qui devient alors « les médecins officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants en médecine, les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes et marchands d'instruments de chirurgie ». Aux médecins sont assimilés les chirurgiens. L'énumération des professionnels dont la culpabilité est punie avec plus de sévérité est donc beaucoup plus extensive.

1. S. 1899.2.38.

L'article 317 nouveau indique une énumération encore plus large que celle contenue dans la loi de 1923 : on a ajouté à l'ancienne liste des professions, les professions d'infirmiers, infirmières, masseurs et masseuses. Ces personnes, par leurs connaissances spéciales acquises en raison même de leur professions, sont plus aptes à donner des indications abortives et doivent par conséquent entrer dans la liste des personnes punies plus sévèrement en raison de leur qualité.

Le Code pénal de 1810 avait, pour les personnes qualifiées qu'il désignait, élevé la peine d'un degré : au lieu de la peine de réclusion édictée pour les tiers, les professionnels encouraient la peine des travaux forcés ; la qualité de ces personnes était considérée par le Code de 1810 comme une circonstance aggravante.

La peine de l'emprisonnement correctionnel, édictée aux termes de l'article 317, remanié en 1923, pour les tiers, n'était pas susceptible d'être augmentée pour l'application aux tiers qualifiés : elle était déjà au maximum dans l'échelle des peines, cinq ans de prison. Mais l'article 317 ajoutait une peine complémentaire, la suspension temporaire ou l'incapacité d'exercice de la profession. La peine principale n'était donc pas aggravée et la qualité de professionnel n'était plus une circonstance aggravante.

L'article 317 nouveau garde la même solution. La peine principale n'est pas aggravée, mais en fait les tribunaux ne manquent jamais de faire une application plus rigoureuse de la loi, lorsqu'ils sont en présence du délit commis par des personnes qualifiées. La Cour de Poitiers, dans un arrêt du 16 décembre 1940 [1], admet que la qualité de sage-femme est une circonstance aggravante. Cette expression est impropre, dans la rédaction actuelle de l'article 317 qui n'édicte pas pour les personnes qualifiées une peine principale supérieure à celle encourue par les tiers quelconques, mais, adjoint seulement à celle-ci une incapacité temporaire ou définitive d'exercice de la profession. Rien n'aurait empêché le législateur de 1939 de prévoir, s'il avait voulu faire de la qualité de professionnel une circonstance aggravante, une peine supérieure au maximum normalement édicté pour les peines d'emprisonnement

1. *D.C.* 1941, J. 78.

correctionnel, puisqu'il a largement dépassé ce maximum pour punir les déoinquants habituels qui peuvent être emprisonnés pour dix ans.

L'article 317-4° se rèfère au paragraphe 2 du même article, nous pouvons donc conclure que les professionnels qui ont à leur actif plusieurs délits d'avortement sont considérés comme des délinquants d'habitude et dès lors susceptibles de se voir infliger les peines du paragraphe 2, sans préjudice de la relégation si leur peine dépasse 3 ans et des incapacités spéciales professionnelles qui accompagnent toujours leur peine principale.

L'article 317-4° nous l'avons déjà vu, est très compréhensif : il prévoit non seulement le fait d'avoir pratiqué l'avortement. mais celui d'avoir indiqué, favorisé l'avortement, ces faits, qui ont plutôt une apparence d'actes de complicité, sont ici prévus et punis comme des délits distincts.

Donc pour être punis comme auteurs du délit d'avortement, il n'est pas nécessaire que les professionnels aient participé directement aux manœuvres abortives. Ils ne peuvent jamais être co-auteurs, ni complices.

§ 2. — *Complices du délit d'avortement.*

Les complices ont un rôle accessoire, ils ne prennent pas une part directe à l'infraction, ils se contentent de préparer ou de faciliter la commission de l'infraction.

Au point de vue de la répression, ils sont assimilés à l'auteur principal en vertu de la règle de notre droit pénal qui pose le principe que le complice emprunte la criminalité de l'auteur principal.

A. — Reprenons les trois personnages incriminés par l'article 317 et voyons quand ils agissent comme complices, *dans le cas général.*

I. — *Le tiers quelconque envisagé comme complice.*

1° *Une personne quelconque peut être le complice d'un autre tiers* quelconque ayant procuré l'avortement à une femme suivant l'article 317-1°; le complice est puni des mêmes

peines de l'article 317-1° prévues pour l'auteur principal qu'il y ait avortement ou seulement tentative, cette tentative étant même pratiquée sur une femme non enceinte.

a) *Le tiers a procuré l'avortement à l'insu de la femme* : le tiers complice est puni, nous l'avons déjà dit, comme le tiers auteur.

b) *Le tiers, auteur principal a agi avec le consentement de la femme.* En ce qui concerne le tiers et le tiers complice la situation est exactement la même que dans le cas précédent.

La jurisprudence comprend très largement ce cas de complicité. Le Tribunal correctionnel de la Seine, le 5 décembre 1940 [1] considère comme complice du tiers avorteur, l'intermédiaire qui met en relation une femme enceinte avec l'avorteur. Cet intermédiaire est également complice de la femme : « Attendu que B..., a mis en relation V..., avec la fille H..., pour que l'avortement puisse être procuré à cette dernière, qu'il a reconnu avoir acheté la sonde devant servir à l'avortement dont la femme V..., a fait usage pour pratiquer les manœuvres abortives, qu'il s'est révélé complice par aide et connaissance du délit commis par V..., et de celui commis par la fille H..., qu'il y a lieu de lui faire application de l'article 317 ».

Donc le simple fait de mettre en relation une femme enceinte avec la personne chargée de procurer l'avortement, sachant qu'elle y sera l'objet de manœuvres abortives, le fait d'acheter une sonde sachant qu'elle devait servir à l'avortement sont considérés par la jurisprudence comme des actes de complicité pour aide et assistance.

Mais comme le dit l'attendu de cet arrêt, le tiers complice de l'avorteuse est également complice de la femme. Or nous savons que la femme [2] qui a consenti à se faire avorter n'est pas complice de l'avorteur mais auteur principal d'un délit distinct : elle sera donc poursuivie en vertu de l'article 317-3°. Dans le cas où elle a des complices, nous allons voir dans notre prochain paragraphe comment ils doivent être punis.

1. *D.H.* 1941-160.
2. Dans ce cas il y a concours idéal d'infraction et les faits poursuivis doivent être envisagés sous la plus haute expression pénale dont ils sont susceptibles. Trib. corrc., Bar-le-Duc, 26 mai 1943 (S. 1944.2.7).

2° *Une personne quelconque est complice de la femme.*

a) *La femme s'est procuré l'avortement à elle-même* : elle est auteur principal du délit de l'article 317-3°. Elle ne peut pas avoir de co-auteurs passibles des peines de l'article 317-3°, mais il est possible qu'elle ait des complices qui sont alors punis des mêmes peines que l'auteur principal, c'est-à-dire, des peines de l'article 317-3°. Dans le cas où l'avortement n'a pas suivi, mais où il y a seulement tentative d'avortement, le tiers complice est punissable comme la femme elle-même depuis le décret de 1939, alors que sous l'empire de la loi de 1923 la tentative d'avortement n'était pas punissable, donc le tiers complice d'une telle tentative échappait à la répression.

Si l'avortement a échoué parce que la femme n'était pas enceinte, puisque nous estimons avec la doctrine dominante et la majorité des décisions jurisprudentielles qu'il y a, dans ce cas, tentative punissable, il s'ensuit que le complice de cet acte principal punissable est puni comme la femme elle-même. La solution qui préfère l'impunité de la tentative d'avortement sur la femme elle-même au cas où elle n'est pas enceinte mène à des résultats incohérents en matière de complicité. La complicité est punie seulement si les agissements de l'auteur principal tombent sous le coup de la loi [1]. Est-on en présence du complice d'un tiers avorteur, il est puni, en cas de grossesse simplement supposée de la femme : s'agit-il du complice de la femme qui tente de se procurer la délivrance, la répression ne l'atteint que si la grossesse est réelle. Le complice de la femme serait donc relaxé mais si un tiers intervenait pour pratiquer les manœuvres, comme dans le cas cité au paragraphe précédent dans le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine, le complice qui aurait joui sans cette intervention de l'impunité tombe sous le coup de peines plus sévères de l'article 317-1°. L'entrée en scène d'un troisième personnage entraîne donc, conclut M. Faucher, non seulement une modification (dans le sens de l'aggravation) du taux des peines appliquées — ce qui peut se concevoir, de même que se conçoit l'atténuation de pénalités réservée à la femme — mais encore un accroissement du nombre des situations dans lesquelles la complicité est punissable, ce qui choque le bon sens.

1. *J.C.P.* 1942-2002 M. Faucher.

Conséquence logique, dira-t-on, de l'application des règles de la complicité : certes, mais cela prouve que l'erreur est ailleurs, elle réside dans cette distinction qu'on prête d'établir entre les tiers et la femme dans la constitution du délit.

b) *La femme consent à faire usage de moyens à elle indiqués ou administrés à l'effet et procurer l'avortement.* — La femme commet le délit de l'article 317-3° *in fine*. Comme dans le cas précédent, elle ne peut avoir de co-auteurs, mais si elle a des complices, ils seront punis comme la femme elle-même, que l'avortement ait été réalisé ou testé, la grossesse étant réelle ou seulement supposée.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 29 janvier 1942[1] admet qu'est à bon droit considéré comme caractéristique de la complicité, le fait de donner à une femme se croyant à tort enceinte des conseils pour se procurer l'avortement, dès lors, que ces conseils ont été suivis quelques mois plus tard lors d'une grossesse ».

Les personnes qui ont donné ces conseils sont considérées comme complices à condition qu'elles aient indiqué ces moyens d'une façon précise[2], qu'elles aient donné des instructions pour commettre le délit au sens de l'article 60 du Code pénal. Le complice, en donnant ces indications, doit avoir l'intention de commettre le délit.

Comme nous l'avons vu sous le paragraphe 1er, est également considéré comme complice, la personne ayant agi avec la même connaissance du but délictueux, qui a acheté l'instrument destiné à commettre l'avortement. Il s'agit là d'une complicité pour fourniture de moyens, au sens de l'article 60-2° du Code pénal. Cette fourniture de moyens est également réprimée dans certains cas que nous examinerons dans notre deuxième partie, par la loi du 30 juillet 1920 qui vise la provocation à l'avortement et par l'article 91 du Code de la Famille.

Le complice peut avoir provoqué à l'avortement par dons,

1. *D.A.* 1942-5.

2. Doit être cassé l'arrêt qui, pour déclarer un individu complice du délit d'avortement retenu contre une femme, se borne à énoncer qu'il lui a conseillé de se procurer l'avortement au moyen d'injections, sans constater si, conformément aux dispositions de l'article 1er de la loi du 31 juillet 1920, le conseil a été donné dans un lieu public ou si le prévenu exerçait l'une des professions énumérées à l'article 317-4°. Trib. Corr. de Bar-le-Duc, 26 mai 1943, Cass., 24 décembre 1942 (S. 1944.2.7).

promesses, menaces, abus d'autorité et de pouvoir. Ces modes de provocations sont prévus à l'article 60-1°.

La Cour de cassation, le 25 février 1942[1] a vu un cas de complicité du délit d'avortement dans la remise à la femme par son amant d'une somme d'argent destinée à la déterminer à consentir à l'avortement.

L'amant avait formé un pourvoi en cassation contre la décision du 24 juillet 1940 rendue par la Cour d'appel de Nîmes qui l'avait condamné comme complice du délit d'avortement commis sur sa maîtresse : la Cour avait spécifié qu'il s'agissait d'une complicité par aide et assistance (la remise d'une somme d'argent ayant été faite) sans constater que l'aide avait été apportée avec connaissance. Son pourvoi se fondait sur ce *défaut de connaissance* qui, disait-il, entachait la base légale de la décision. La Cour de cassation rejette le pourvoi « Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué, que B..., âgé de 22 ans a joué un rôle prépondérant dans la décision prise par sa maîtresse de se faire avorter, notamment en lui remettant une somme d'argent supérieure à celle qui était nécessaire à cet effet en vue de la déterminer à y consentir ; que dans le même but, le demandeur a menacé sa maîtresse à plusieurs reprises de l'abandonner définitivement au cas où elle laisserait sa grossesse suivre son cours normal et cela, sans se préoccuper des risques qu'elle allait courir : qu'enfin la Cour d'appel déclare que l'avortement a été réalisé.

Attendu que ces énonciations caractérisent tous les éléments du délit de complicité d'avortement retenus à la charge de B..., notamment la connaissance du but poursuivi ».

Le Tribunal correctionnel de La Rochelle avait condamné pour complicité par aide et assistance, le 23 octobre 1941[2], P..., qui avait donné à sa maîtresse son assentiment à la décision prise par elle de se faire avorter et lui avait remis à cet effet une somme de 200 francs, la complicité de P..., étant amplement caractérisée par la remise de fonds à la prévenue, (remise de fonds qui a servi à l'action d'avortement tentée par sa maîtresse) sachant à quoi ces fonds devaient servir, en tout cas l'avoir en pleine connaissance de cause aidée ou assistée dans les faits qui ont préparé ou facilité cette tentative ».

1. *D.A.* 1942-91.
2. *Gaz. Pal.*, 1941.2.554.

Le Tribunal correctionnel de la Seine, le 5 octobre 1940 [1], considère également comme complice, le père de la femme enceinte qui a abusé de son autorité pour amener sa fille à consentir à se procurer l'avortement et lui a remis la somme demandée par l'avorteuse comme prix de son intervention coupable. Il y a ici un abus de l'influence que devrait normalement exercer un père sur ses enfants. La complicité s'exercera par dons et abus d'autorité.

La mère, qui sans avoir abusé de son pouvoir, a néanmoins aidé avec connaissance sa fille dans les faits qui ont précédé l'avortement est également considérée comme complice ainsi en a jugé le Tribunal de la Seine. Ce cas est un cas de complicité par aide et assistance moins précis que les précédents mais, en l'état de notre droit pénal, n'offre pas matière à controverses. Ce même jugement [2], nous l'avons vu, a déclaré comme complice de la femme l'amant qui a accompagné sa maîtresse chez l'avorteuse sachant qu'elle devait y être l'objet de manœuvres avortives. Le tribunal a vu ici encore un cas de complicité par aide et assistance prévu par l'article 60 du Code pènal. La Cour de cassation, saisie par un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 2 avril 1941 qui avait adopté la décision des premiers juges, rejette le pourvoi considérant qu'il y a bien dans cet *accompagnement*, acte de complicité au sens de la loi. Le moyen invoqué par le pourvoi était que l'arrêt attaqué ne relevait aucun acte à la charge du demandeur susceptible d'être considéré comme un acte de complicité, ce n'était pas lui qui avait pris l'initiative de l'avortement, ce n'était pas lui qui connaissait l'avorteuse et avait conduit sa maîtresse chez elle ; il s'était borné à l'accompagner au domicile de celle-ci et cela non pas de son plein gré.

La Cour suprême considère cependant que la simple présence de l'amant au domicile de l'avorteuse est un encouragement à l'opération, encouragement moral apporté à la femme qui va endurer de terribles souffrances physiques.

La Cour de cassation déclare que la présence de l'amant a une grosse influence sur l'accomplissement de l'acte délictueux : si l'amant n'était pas resté pendant l'opération, peut-

1. *Gaz. Pal.*, 1941.1.111.
2. *Gaz. Pal.*, 1941.1.111.

être la femme n'aurait-elle pas eu le courage moral et physique de la subir.

L'aide et l'assistance envisagée ici revêt une coloration plus morale que matérielle.

Il semble que la Cour de cassation ait interprété très largement l'article 60-3° du Code pénal.

Mais cet article 60 a à dessein une formule très large permettant aux juges une interprétation adaptées à la gravité des faits : il y est question « d'aide ou d'assistance dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé l'infraction ». En matière d'avortement où, surtout depuis 1939, on considère les faits comme étant d'une gravité extrême, il est normal que la jurisprudence considère l'aide et l'assistance dans son sens le plus extensif.

« Attendu que D..., qui était l'amant de la jeune H..., *a volontairement accompagné* celle-ci chez la femme V..., *sachant que cette femme devait faire avorter* sa maîtresse : qu'il s'est ainsi rendu complice par aide et assistance de l'avortement, qu'en l'état des constatations sus-visées qui caractérisent les éléments légaux de la complicité, la Cour d'appel n'a violé aucun texte... »[1].

La Cour de cassation aurait dû préciser que le jeune D..., était resté au domicile de la femme V..., pendant l'opération, parce que c'est surtout sa présence pendant l'intervention occasionnant de telles souffrances qui caractérise l'aide et l'assistance à la femme, d'autant plus qu'en l'espèce, il y aurait eu, d'après M. Bouzat, cette circonstance spéciale que l'amant aurait essayé, au préalable, de s'opposer à l'avortement

M. Bouzat, dans sa note à l'arrêt précité indique, qu'une certaine jurisprudence en matière de duel, que l'on serait tenté d'opposer à la décision commentée en matière de complicité d'avortement, ne lui est cependant contradictoire.

En effet, les Chambres Réunies ne considèrent pas comme complices les témoins ayant assisté à un duel, s'il est établi qu'ils ont fait tous leurs efforts pour l'empêcher.

Mais cette jurisprudence n'a pas été suivie. La Chambre Criminelle en 1848 nous dit : « Attendu qu'aucune disposition de la loi n'admet comme justification ou comme excuse de la

1. S. 1942.1.89, note de M. Bouzat.

complicité d'un crime les efforts que l'on aurait d'abord faits pour le prévenir ».

Cet arrêt paraît le mieux fondé en droit. Les témoins ont un rôle relativement actif en matière de duel, leur présence n'est pas seulement un simple encouragement aux combattants, ils fixent les conditions du duel, distribuent les armes, placent les adversaires, ils accomplissent donc une série d'actes matériels que n'accomplit pas l'amant accompagnant sa maîtresse au domicile de l'avorteuse.

On peut dire en matière de duel plus sûrement qu'en matière d'avortement que sans témoins, il n'y aurait pas de duel.

« Les Chambres Réunies, dit M. Bouzat, pour absoudre les témoins du duel, ont confondu l'intention et les mobiles. Elles ont utilisé un biais qui est devenu depuis longtemps, pour la jurisprudence pénale, un moyen d'amender le droit pénal, comme la confusion de la cause et des motifs est devenue pour la jurisprudence civile un moyen d'amender le droit civil ».

De cette décision des Chambres Réunies, il ne faut pas tirer d'argument d'analogie en matière de complicité d'avortement : le duel ne présentait pas en 1848 un danger social considérable alors que l'avortement est un véritable fléau qui, en raison de sa fréquence et de sa gravité, ne mérite pas d'indulgence.

Nous ne pouvons, avec M. Bouzat, qu'approuver la décision de la Cour de Cassation que nous avons rapportée, de même que toutes les décisions qui frappent ceux qui donnent aide et assistances à la femme qui désire ne pas mener à bien l'œuvre de procréation, en lui remettant des fonds pour acquitter le prix de l'opération, en la menaçant, en lui procurant des instruments, des adresses d'avorteuses, en l'accompagnant à ces adresses ou même en lui donnant simplement quelques conseils.

En élargissant ainsi le domaine de la complicité, dans l'intérêt de la répression, la jurisprudence ne viole aucun texte.

3° *Une personne quelconque est complice d'un technicien.*

Le technicien a commis le délit d'avortement prévu à l'article 317-4°. Il s'agit ici nous le savons, d'un délit formel puni quelque soit le résultat. Peu importe que l'avortement ait été consommé ou simplement tenté, que la femme soit

enceinte ou non, la personne qualifiée est punie en vertu de l'article 317-4° et son complice est puni des mêmes peines, mais l'interdiction d'exercice de la profession applicable au technicien ne saurait être appliqué au complice qui n'est pas une personne qualifiée.

Il n'y a donc pas de différence au point de vue des peines, entre le complice d'une personne qualifiée. son co-auteur et le complice d'un tiers quelconque. Avant 1923, sous l'empire du Code pénal, il y avait entre ces catégories de personnes une grande différence, le complice d'un tiers quelconque, comme le co-auteur du délit commis par une personne qualifiée étaient punis de la peine de réclusion alors que le complice du délit commis par un technicien était passible des travaux forcés à temps, mais seulement si l'avortement avait été consommé, l'aggravation de peine encourue par le tiers qualifié à raison de sa qualité était applicable à son complice[1], ainsi en a jugé la Cour de cassation de 16 mai 1887.

II. — *La femme envisagée comme complice.*

La femme, comme nous l'avons vu dans nos développements antérieurs, ne peut jamais être considérée comme complice : elle est auteur d'un délit distinct, d'un crime personnel comme le dit l'arrêt de 1887.

Même dans le cas où elle a consenti à faire usage de produits à elle indiqués ou administrés par un technicien, elle est auteur principal du délit d'avortement, elle n'est pas complice de l'auteur qualifié.

Sous l'empire du Code pénal et de la loi de 1923, ces solutions avaient un grand intérêt au point de vue de la tentative, la femme n'était punie que si l'avortement s'en était suivi ; alors que si elle avait été considérée comme complice d'un tiers ou d'un technicien, elle aurait été punie même au cas de tentative.

Actuellement, on ne fait plus de distinction entre les personnes envisagées par l'article 317 pour punir la tentative, mais la solution garde un intérêt au point de vue de la peine infligée qui est plus faible dans le cas de délit commis par la femme que dans les cas de complicité avec un tiers quelconque ou avec un technicien.

1. D. 1888.2.235.

III. — *Les tiers qualifiés envisagés comme complices.*

M. Goyet nous dit[1] : « Toutefois si les complices sont des personnes de l'article 317-4° il encourt, qu'il soit complice d'un tiers ou de la femme les pénalités prévues par l'article 317-1°-2°, 6°, 7°, *outre l'interdiction temporaire ou totale d'exercer sa profession suivant l'article* 317-4° ».

Cette affirmation semble contraire à l'article 59 du Code pénal, le complice n'a pas de criminalité propre, ainsi, le domestique complice d'un tiers ne verra pas sa qualité de domestique aggraver sa peine ; de même un fils complice du meurtre de son père par un tiers, n'est pas parricide. Le complice emprunte la qualité de l'auteur principal : si le complice est l'une des personnes qualifiée de l'article 317-4°, la pénalité supplémentaire ne saurait, par application de l'article 59, être prononcée contre lui, si l'auteur principal est un tiers quelconque ou une femme.

Mais la jurisprudence, en présence de ces solutions bien motivées en droit mais choquante au point de vue moral, a introduit, dans un certain nombre de cas, des dérogations par voie d'extension, aux conséquences normales de l'idée d'emprunt par le complice de la personnalité de l'auteur principal, ainsi en matière d'avortement.

Point n'est besoin d'ailleurs, d'avoir recours fréquemment à ces procédés. Nous avons vu, en effet, qu'étant donné l'élasticité de l'incrimination du délit de l'article 317-4°, il était fort rare que les personnes qualifiées énumérées à cet article soient poursuivies comme complices, leur action entre presque toujours dans le cadre des faits prévus comme actes principaux à l'article 317-4°.

B. — Après avoir étudié les divers cas possibles de complicité, voyons maintenant comment se combinent *la complicité et la circonstance aggravante d'habitude.*

I. — *Complicité à un délit d'avortement pratiqué par une personne dont il est question à l'article* 317-2°.

Nous étudierons dans notre Chapitre II traitant des pénalités que l'habitude n'est pas considérée comme un élément

1. Goyet, *Droit pénal spécial*, 4e édit., 1941, p. 302.

constitutif du délit d'avortement mais comme une circonstance aggravante personnelle à l'auteur de l'infraction. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que les circonstances aggravantes strictement personnelles à l'auteur du délit, telle la récidive, ne nuisent pas au complice, ainsi en a décidé un arrêt de la Cour de Grenoble, le 12 juin 1934[1].

Quant aux circonstances aggravantes personnelles, les auteurs sont divisés, mais la jurisprudence admet en principe leur communicabilité au complice, aussi la qualité de domestique, de parricide de l'auteur principal entraînent pour le complice l'aggravation de peine résultant des qualités de l'auteur principal.

Que conclure pour la circonstance aggravante d'habitude ? Dans quelle catégorie la ranger ?

La jurisprudence n'a pas encore eu à statuer sur ce point, mais il semble que cette circonstance d'habitude ne doit pas avoir d'influence sur la peine du complice, délinquant primaire.

Pour nous, ce serait une circonstance aggravante purement personnelle. Ainsi conclut également M. Roux[2], M. Goyet[3] émet un avis semblable, quand il dit que le complice n'est passible de la peine aggravée de l'article 317-2° que s'il est établi qu'il s'est lui-même livré à la pratique de l'avortement.

II. — *Le complice est lui-même un délinquant d'habitude.*

Supposons, un individu complice d'un délit d'avortement : mais auparavant il a commis lui-même ou un plusieurs avortements, de telle sorte qu'il peut être considéré comme délinquant d'habitude passible des peines de l'article 317-2° ; en effet ce paragraphe 2 vise le coupable qui s'est livré habituellement aux actes visés au paragraphe 1er, que ces actes soient des actes principaux, ou des actes de complicité, la loi ne précise pas.

Donc le complice peut, aussi bien qu'un auteur principal, être considéré comme un délinquant d'habitude. La phrase de M. Goyet est donc incomplète il eut fallu ajouter au dernier

1. S. 1935.2.308.
2. Roux, *Lois nouvelles*, déjà citées, p. 106.
3. Goyet, *p. cit.*, p. 302 (note 2).

membre de phrase ainsi conçu : « que s'il est établi qu'il s'est lui-même (le complice) livré habituellement à la pratique de l'avortement », les mots ou « à des actes de complicité d'avortement ».

Ainsi, la circonstance aggravante d'habitude est aussi bien applicable à l'individu (complice) qui a l'habitude d'accompagner des femmes enceintes chez l'avorteur, quand bien même l'avorteur (auteur principal) ne serait pas un délinquant d'habitude, ce serait une autre dérogation, dans l'intérêt d'une répression exemplaire, au principe que le complice n'a pas de criminalité propre.

Section V

Date d'incrimination

La question de la date de commission du délit présente un intérêt relativement aux incriminations nouvelles créées par le Code de la Famille, telles les tentatives d'avortement commises par un tiers, par la femme elle-même, dans les cas où celle-ci n'est pas enceinte.

Ces tentatives ne sont punissables qu'autant qu'elles ont été commises sous l'empire de la loi nouvelle. Celle-ci, créant un délit dont les conditions d'incrimination sont moins rigoureuses, est considérée comme plus sévère, donc sans effet rétroactif. Elle porte à la connaissance des tribunaux des faits qui autrefois n'étaient pas poursuivis. Pour de tels actes, le tribunal correctionnel est compétent, mais il faut évidemmrnt qu'ils aient été commis depuis la promulgation de la loi nouvelle pour que le tribunal applique les peines édictées par celle-ci, s'ils ont été commis antérieurement, le tribunal devra purement et simplement relaxer le prévenu.

Ainsi, le Tribunal correctionnel de la Seine, le 5 décembre 1940 [1] a relaxé du chef de complicité d'avortement le prévenu qui avant le décret-loi de 1939 a conseillé à une femme d'absorber de la quinine pour se faire avorter, parce que ses conseils ayant été suivis, il n'est pas établi qu'un *avortement ait eu lieu*, ni que la femme était *enceinte à cette époque*. Cette

1. *Gaz. Pal.* 1941.1.111.

décision concerne des faits antérieurs au Code de la famille ; avant le décret-loi une femme qui avait consenti à faire usage de moyens à elle indiqués pour se procurer l'avortement n'était punissable que si l'avortement s'en est suivi, il fallait pour cela que la femme fut enceinte, donc le tribunal n'aura pas eu à connaître l'espèce sus-indiquée, ce qui explique la relaxe, le fait principal n'étant pas punissable il n'y a pas complicité.

Le Tribunal correctionnel de La Rochelle, le 18 septembre 1941 [1] dans une espèce du même genre où il s'agissait de remise avant grossesse de produits abortifs a relaxé l'agent, les faits étant antérieurs à 1939 : or à cette époque, la tentative n'était punissable quand elle s'exerçait sur une femme non enceinte que si elle émanaitd'une sage-femme ou d'un médecin.

Le Tribunal correctionnel de Wassy, le 22 octobre 1941 [2] a également relaxé une femme qui antérieurement au décret-loi de 1939 exactement fin janvier 1939, a tenté de se faire avorter alors qu'il n'était pas établi qu'elle était enceinte au moment des faits.

1. *Gaz. Pal.* 1941.2.404.
2. *Gaz. Pal.* 1941.2.521.

CHAPITRE II

POURSUITES REPRESSIVES DU DELIT D'AVORTEMENT

Nous allons étudier dans ce chapitre comment sont organisées les poursuites du délit d'avortement. Nous nous attacherons plus spécialement à mettre en valeur les innovations apportées dans cette matière par le Code de la famille et les lois subséquentes.

Nous verrons, tout d'abord, dans une première section, comment les lois actuelles ont essayé de rendre plus facile le dépistage de l'avortement en conférant à la police des pouvoirs plus étendus d'investigation et en aménageant le secret professionnel.

Dans une section II, nous déterminerons à qui appartient l'initiative des poursuites et nous étudierons spécialement la réforme nouvelle qu'accorde le droit de poursuite à certains collectivités.

Une section III traitera de la compétence en cette matière des tribunaux correctionnels et des tribunaux d'exception.

Dans une dernière section, nous verrons brièvement comment se déroule la procédure devant ces tribunaux, combien les preuves à rapporter sont devenues moins difficiles.

Section I

Dépistage du délit d'avortement

Comment le délit d'avortement est-il porté à la connaissance des parquets. Ce délit est très difficile à dépister et chaque année, en considérant les statistiques judiciaires, on s'aper-

çoit du nombre infime d'affaires portées à la connaissance des parquets, comparé avec le nombre imposant d'avortements commis en France. Les lois nouvelles s'attachent à faciliter la découverte de ce délit qui cause tant de ravages en rendant plus aisée l'action de la police, en ne punissant plus certaines dénonciations sous prétexte qu'elles étaient faites en violation du secret professionnel, en limitant donc la portée absolue de ce secret professionnel.

I. — *Action de la police.*

En fait, le parquet a connaissance du délit d'avortement par les procédés les plus variés : par ouï-dire, par dénonciations ou par l'activité de la police judiciaire.

Par ouï-dire : c'est la rumeur publique qui portera à la connaissance du ministère Public l'infraction, ou ce sera des rapports de personnes privées ou de fonctionnaires intéressés.

Par dénonciations : tout le monde peut dénoncer. La loi du 25 octobre 1941 élargit considérablement le domaine des obligations de dénoncer telles infractions qu'elle énumère ; mais elle n'a pas compris, parmi ces infractions, le délit d'avortement. Il est en fait très rare qu'un particulier, qu'une personne privée, se portent dénonciateurs d'un avortement : chacun est plutôt porté à penser qu'il s'agit d'un délit individuel et préfère ne pas s'ingérer dans les affaires d'autrui.

Lorsqu'il y a dénonciation, le plus souvent, elle est faite par lettre anonyme adressée au parquet : le parquet tient compte des dénonciations anonymes. Il peut se faire que ces dénonciations soient faites entre les mains des officiers de police judiciaire. Par voie *d'enquête*, ils sont chargés de vérifier le bien-fondé des dénonciations ou des bruits, lorsque le délit est parvenu par ouï-dire aux oreilles du ministère public. Les auxiliaires de la police sont eux-mêmes à l'affut de tous les crimes ou délits pour prévenir le parquet de leur commission. Mais en fait, avant 1939, la plupart des polices municipales et mobiles ne s'occupaient guère de dépister l'avortement, la gendarmerie, elle, ne s'occupait pas du tout de cette infraction.

En 1939, au début de l'année, des instructions énergiques leur ont été données sous peine de sanctions sévères.

Les brigades régionales de police mobile contrôlent l'action des polices locales par l'action de commissaires, d'inspecteurs, affectés dans chaque brigade à une section de l'avortement[1].

La tâche des enquêteurs est très difficile : pour la rendre plus aisée, certains auteurs, dont M. Boverat, préconisent pour lutter contre les avorteurs professionnels qui sont les plus néfastes d'employer les ruses qui sont habituellement en usage pour démasquer les traficants de cocaïne, les faux-monnayeurs, les espions. M. Boverat indique, notamment qu'il serait facile d'envoyer chez les avorteurs ou avorteuses des policières assermentése, lesquelles viendraient à eux comme étant des femmes enceintes : on pourrait ainsi constater officiellement si ces individus proposent de pratiquer l'avortement ou indiquent les moyens de le provoquer, faits qui sont directement réprimés par le Code de la Famille. Avant la guerre, les commissaires de police répugnaient à l'emploi de ces moyens. M. Boverat précise qu'en 1939, le Premier Président de la Cour de cassation lui a déclaré personnellement que l'emploi de ce procédé était légitime à l'égard des avorteurs et a souhaité qu'il devienne courant en France.

L'usage de ces procédés n'est encore prescrit par aucun texte : des circulaires seulement enjoignent la police de rechercher activement les cas d'avortement. On peut déjà remarquer que ces méthodes permettent, si elles sont employées sans tact et sans discrétion, des intrusions abusives, de la part d'enquêteurs trop zélés ou malveillants, qui risquent de jeter le discrédit sur des personnes qui n'ont rien à se reprocher.

Les pratiques policières de provocation au délit sont très usitées en matière d'infractions au ravitaillement, de hausse illicite, de marché noir, et de trafic d'or ou de devises.

Les Cours d'appel sont unanimes à blâmer ces procédés : « Doivent être réprouvés comme contraires aux lois morales les moyens employés par certains agents provocateurs »... Il semble que l'article 8 du Code d'instruction criminelle qui définit le rôle de la police judiciaire et qui est ainsi conçu : « La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, s'oppose à ce que les agents

1. Boverat, *op. cit.*, p. 401.

jouent le rôle de provocateurs et précise que ceux-ci ne doivent commencer à intervenir que lorsque le délit est enfin commis »[1].

La police administrative n'a pas davantage à jouer le rôle de provocateur. Le gouvernement, d'après la note de M. Magnol dans une circulaire récente proscrit formellement la provocation « c'est-à-dire le fait pour certains contrôleurs de se présenter en acheteur chez les petits producteurs, de les pousser à violer la loi, pour leur dresser ensuite procès-verbal ».

Pour avoir qualifié ces procédés immoraux et blâmables, la jurisprudence n'en conclut pas, d'une façon absolue, qu'ils sont exclusifs de responsabilité pénale et constituent l'excuse absolutoire.

Elle nuance savamment l'incidence de la provocation sur la volonté du prévenu.

La Cour d'appel d'Aix, le 2 juin 1942[2] décide qu'une « telle méthode, moralement répréhensible, ne suffit pas à exonérer l'auteur de sa responsabilité pénale » et considère que dans cette espèce, la provocation ne saurait atténuer la culpabilité du prévenu dont la responsabilité demeure totale. Elle fait une application modérée de la loi, lorsque la volonté du prévenu, sans être complètement annihilée, a subi néanmoins une pression moralement discutable qui l'a abolie partiellement le juge accorde alors, suivant l'espèce, les circonstances atténuantes[3].

Mais, il est d'autres cas, où la provocation émanant de policiers camouflés fait disparaître toute responsabilité pénale lorsque la mise en scène ou les manœuvres qui l'accompagne ont été telles que la volonté du prévenu n'était pas libre et que sans cette pression, il n'eut pas commis le délit[4].

Une autre décision de relaxe retient la provocation comme autorisant un doute, la preuve de l'infraction[5] n'étant pas établie avec toute l'objectivité nécessaire.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence a réprouvé ces pratiques lorsqu'elles sont employées en matière de fraude au ravitaillement, de contrôles des prix ou de trafix d'or ou de devises.

1. Toulouse, 13 mars 1942, *J.C.P.* 1942-1835. Note de Magnol.
2. Toulouse, déjà cité. Tribunal correctionnel de Montélimar, 9 juillet 1942, *J.C.P.* 1942-1987.
3. *J.C.P.* 1942-1928.
4. Toulouse, 3 avril 1942, *J.C.P.* 1942-1886, note de Magnol.
5. Amiens, 14 février 1942, *J.C.P.* 1942-1887, note J.L.

Elle n'a pas encore eu à connaître d'un délit d'avortement commis sur provocation d'un agent camouflé de l'autorité.

Mais rien ne nous permet de penser que les solutions des tribunaux seraient différentes.

S'il n'est pas possible de faire un parallèle absolu entre le délit d'avortement et les infractions précitées, nous pouvons les rapprocher cependant, bien que sur un plan différent puisqu'elles concernent les unes les biens, les autres, les personnes. Ces infractions de circonstances qui se multiplient dangereusement de nos jours constituent comme l'avortement un véritable péril national. Elles sont aussi difficiles à découvrir que le délit d'avortement par suite de la collusion entre le vendeur et l'acheteur, connivence qui existe en matière d'avortement, entre l'avorteur et l'avortée et qui le vouent tous les deux au silence le plus absolu.

Donc pour la découverte d'infractions aussi dangereuses et aussi insaisissables que les délits de ravitaillement, prix... les tribunaux condamnent les méthodes de provocation policière, pourquoi les approuveraient-ils en matière de délit d'avortement ?

Les services de police mobile pourraient exercer une *surveillance attentive sur les publications des journaux* qui indiquent parfois sous forme d'annonces des moyens de procurer l'avortement ou des adresses de cliniques d'avortement définies sous le vocable de maisons d'accouchement.

Le concours du médecin d'état-civil peut être de la plus grande utilité pour aider la police à découvrir l'avortement dans le cas où celui-ci est suivi de mort.

C'est en effet au médecin d'état-civil qu'il appartient de vérifier les causes du décès.

Si la mort a été provoquée par les manœuvres abortives, il doit refuser le permis d'inhumer et saisir le parquet.

Le médecin de l'état-civil n'est pas tenu de respecter le secret professionnel.

Avant 1939, si la malade était décédée à son domicile, victime des manœuvres abortives, le médecin de l'état-civil pouvait seul refuser le permis d'inhumer en indiquant la raison de ce refus.

Mais si le décès survenait à l'hôpital, le médecin de l'état-civil n'avait pas à exercer cette mission : le permis d'inhumer

était signé par le médecin-chef du service dans lequel la malade avait été soignée, ces médecins, avant 1939, étaient tenus du secret médical d'une façon absolue et par conséquent ne pouvaient sans manquer à cette obligation, refuser le permis d'inhumer. Ce refus aurait attiré l'attention de la police. Dans la majorité des cas — car le plus souvent les avorteurs affolés de la suite prévisible et funeste de leur opération envoyaient la femme mourir à l'hôpital — le délit demeurait ignoré.

En 1938, une circulaire ministérielle a interdit aux médecins des services de gynécologie et d'accouchement, à ceux des services de chirurgie recevant habituellement des femmes pour suite de fausse couche, de délivrer le permis d'inhumer de la malade, ce permis ne devait être donné que par un médecin de l'état-civil ou un autre médecin de l'hôpital qui n'ayant pas soigné les décédées n'était pas lié par le secret professionnel [1].

C'est une mesure, qui, strictement appliquée, devait amener devant la justice de nombreuses affaires d'avortement et spécialement permettre de découvrir la piste d'avorteurs de profession. En 1939 on n'en tint pas compte, les choses se passèrent exactement comme avant la parution de la circulaire.

Depuis les réformes du Code de la famille, la nécessité de l'observation stricte de la circulaire paraît moins urgente puisque le secret professionnel et spécialement le secret médical, a été aménagé, le médecin n'est plus tenu de l'observer d'une façon absolue mais il peut, au contraire, dénoncer les avortements dont il a connaissance.

C'est d'ailleurs un autre moyen commode de saisir la justice du délit.

II. — *Limitation du secret professionnel. — Dénonciation.*

Les médecins sont les personnes qui sont le plus souvent appelées dans l'exercice de leur profession, à connaître l'existence du délit d'avortement. Mais ils se refusent à se porter dénonciateurs se retranchant derrière la portée absolue du secret professionnel telle qu'elle ressort de l'article 378 du Code pénal.

1. Boverat, *op. cit.*, p. 403.

Le Code de la famille s'est efforcé d'obtenir le concours des médecins en modifiant le deuxième alinéa de l'article 378 du Code pénal par l'article 90 du Code de la famille. *Article* 90 : « Il est ajouté à l'article 378 du Code pénal un second paragraphe ainsi rédigé : « Toutefois les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels, dont elles ont pris connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine ».

Depuis longtemps, les partisans d'une répression sévère de l'avortement protestaient contre le caractère absolu du secret médical auquel l'ancien article 378 obligeait les médecins, chirurgiens, officiers de santé, sages-femmes et autres dépositaires des secrets qu'on leur confie.

Dès la plus haute antiquité, les médecins ont considéré de leur devoir de garder un silence absolu, non seulement sur toutes les confidences reçues, mais encore sur ce qu'ils auraient pu voir ou entendre dans l'exercice de leur profession. Le serment d'Hippocrate, reproduit cette conception demandant même le secret sur les faits qu'ils auraient pu voir ou entendre hors leurs fonctions médicales.

Cicéron nous apprend que ces principes étaient suivis dans la civilisation romaine.

Dans l'ancien droit, le secret médical n'est pas seulement une obligation morale, c'est une obligation légale sanctionnée civilement et pénalement ; son objet n'est pas absolu. Il est limité par les dispositions législatives nécessitées par le souci d'assurer l'ordre public. Mais l'intention de nuire est un élément essentiel de la violation du secret : c'est une sorte de diffamation. Le malade peut délier son médecin du secret qu'il lui a confié ou qu'il ne lui a pas confié mais que celui-ci a découvert dans l'exercice de sa profession. Dans l'ancien droit, le secret médical est donc relatif.

Les auteurs du Code pénal, au contraire, imposent expressément le respect absolu du secret professionnel aux personnes qu'il énumère dans l'article 378 « aux médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, sages-

femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie ».

La liste d'ailleurs n'est pas complète, la Cour de cassation a jugé que les directeurs d'hôpitaux de d'hospices sont tenus du secret professionnel dans les cas qui concernent la sécurité du malade, l'honneur des familles, spécialement dans une espèce où il s'agissait d'un directeur de maternité[1].

Le médecin qui avait connaissance d'un avortement était considéré comme dépositaire d'un secret et s'exposait aux peines de 6 mois à un mois d'emprisonnement et à l'amende de 100 à 500 francs prévues à l'article 378 s'il le dénonçait.

La question du secret professionnel, en ce qui concerne l'avortement, a surtout de l'intérêt au regard des médecins. Elle a suscité de nombreux débats. L'abolition du secret médical a trouvé l'opposition presque unanime du corps médical qui déclarait le secret inviolable.

En effet, pour recevoir des soins éclairés de son médecin, il faut que le client puisse se confier à lui d'une façon complète, sans réticence. Il sera parfois amené à lui révéler certaines tares, certaines circonstances blamâbles dans lesquelles il a contracté son mal. Le médecin est par la force des choses le confident nécessaire de son malade, c'est pourquoi il est tenu du secret absolu.

Le Professeur Brouardel[2] était le champion du « silence quand même et toujours ». Pour lui, le secret doit être gardé alors même que la maladie n'a rien de secret ; sinon dans un autre cas, le silence du médecin serait souvent interprété par le juge dans un sens défavorable à son client, alors que souvent il serait dicté par de graves scrupules de conscience.

Les médecins comprennent dans le cadre du secret non seulement les faits confiés en confidence, non seulement les faits secrets par leur nature, mais encore tout ce que le médecin peut apprendre à l'occasion de sa profession qui l'oblige à pénétrer dans les familles.

La doctrine médicale prétend que l'obligation au secret est d'ordre public absolu. Personne ne peut la lever. Elle est

1. Garçon, *Code pénal annoté*, article 378, n° 92.
2. Brouardel, *Le secret médical*, 1893, 2e édit., p. 162.

établie dans l'intérêt du malade qui doit pouvoir en toute sécurité s'adresser à son médecin.

Cette conception est beaucoup trop absolue, et son application, surtout en matière d'avortement entraîne des résultats contraires à la justice : elle aboutit à l'impunité d'une catégorie de grands coupables : pour garder le secret confié par sa cliente, l'avortée, il laisse ainsi prospérer l'industrie des avorteurs professionnels si dangereux, à l'abri de toute action de la justice.

Malgré ces objections, le doyen Brouardel écrit que le médecin appelé auprès d'une avortée volontaire doit le silence non seulement à la femme qui lui a confié son secret mais encore à la matrone auteur des violences abortives, si celle-ci a participé à la confidence.

Il semble que l'éminent auteur oublie que le secret est gardé dans l'intérêt des malades et non des criminels.

Cette conception déplorable peut arriver à faciliter des erreurs judiciaires.

Le professeur Pinard rapporte que deux jeunes femmes, gravement malades à la suite de manœuvres abortives dont l'une d'elles mourut, désignèrent le médecin et la sage-femme, auteur du crime. Lié par le secret professionnel, il ne put dénoncer le criminel à la justice. Le malade incriminé a beau prier le médecin de parler, celui-ci garde le silence.

Il y a pourtant des médecins qui, indignés à juste titre, signalent des avorteurs à l'attention du parquet. Le docteur Brouardel leur conseille *quand ils n'ont pas participé à la confidence* : « le devoir du médecin est de mettre un terme à des pratiques semblables, c'est un devoir impérieux parce que souvent seul le médecin connaît ces crimes » mais il est rare de rencontrer un exemple de dénonciation. La doctrine médicale presque toute entière préfère se retrancher derrière la portée absolue du secret qui ne saurait être levé en aucune circonstance [1].

La doctrine juridique est généralement moins absolue. Dalloz voudrait que l'on distingue entre la nature des maladies pour déterminer si l'on doit ou non le secret. Planiol ne voudrait comprendre dans le cadre du secret que les faits secrets par

1. *J. off.*, Séance 21 novembre 1912. Doc. Parl. Annexe 354, p. 43, 2e col.

nature. Berthélémy réclamait depuis longtemps une réforme de textes permettant d'obliger le médecin à parler [1].

Au début du siècle, la Jurisprudence semblait pencher vers la thèse du secret absolu [2], interdisant même aux médecins de parler s'ils connaissaient par confidence ou autrement, les faits qui avaient amené la mort de sa cliente, ce décès étant la suite de manœuvres abortives, s'il lui avait donné les premier soin, il risquait fort d'être inculpé : dans ce cas même, il devait se taire, ne fournir aucun argument à sa défense en violation du secret professionnel.

La Cour de Cassation avait jugé que la divulgation du secret professionnel était punissable alors même qu'elle avait été faite sans intention de nuire. Toute dénonciation faite en violation du secret médical était nulle et ne pouvait servir de base à l'action de la justice [3].

Actuellement, il semble que la jurisprudence se dégage peu à peu de ces principes rigides.

Elle a permis au médecin de révéler que son client était sain d'esprit [4].

Une sage-femme inculpée d'avortement, ayant au cours d'une instruction judiciaire indiqué le nom des personnes s'étant soumises à ses manœuvres abortives, ne s'est pas vue poursuivie en violation du secret professionnel [5] et la Cour de cassation le 23 mars 1918 s'est appuyée sur ces révélations pour condamner les coupables.

La Cour de cassation, le 13 juillet 1936, a admis qu'un médecin peut, sans contrevenir aux dispositions de l'article 378, révéler que la jeune fille qu'il soignait est morte d'une intoxication produite par les vapeurs de tétrachlorotéthane employé dans l'industrie de fausses perles où elle travaillait, alors que le père l'adjurait de parler [6]. Elle distingue les faits secrets par natute des faits non secrets par leur nature [7], élargissant encore la jurisprudence du fameux arrêt Watelet [8].

La jurisprudence estime que le secret médical est institué

1. Perraud, Charmantier, *Le secret professionnel* (1926) p. 168.
2. Rennes, 12 juin 1903. D. 1905.2.321.
3. Cass. 9 novembre 1901, S. 1904.1.202.
4. S. 1905.1.233 (note de Perreau).
5. S. 1921.1.284 (Note de Perreau).
6. *Gaz. Pal.*, 1936.2.727.
7. Cass. 13 juillet 1936, S. 1938.1.20.
8. Cass. 19 décembre 1885, D. 1886.1.347.

avant tout dans l'intérêt de la clientèle, elle admet qu'il peut être révélé avec le consentement du client.

Malgré ces quelques pas faits dans le sens d'une observation moins absolue du secret professionnel, la jurisprudence est encore trop absolue, trop protectrice des intérêts de la clientèle au détriment de la justice.

Le fait qu'elle n'autorise que la production des certificats négatifs, c'est-à-dire favorables au malade ou à ses ayants droit demeure choquant pour l'équité.

Et comme le dit M. Legal[1] : « Quelle que fut la valeur sur le terrain des textes et du droit positif des solutions jurisprudentielles, on ne saurait nier leur caractère préjudiciable aux intérêts de la répression : on concevait que le souci d'une bonne administration de la justice dût l'emporter en tout cas sur le respect de la discrétion professionnelle ».

Certaines législations étrangères marquent un pas en cette matière sur la législation française. Ainsi en Angleterre, en Espagne le secret médical n'existe qu'à l'état de seule obligation professionnelle, aucun texte n'en punit la violation. L'Italie et les Etats de l'Amérique du Nord obligent le praticien à dénoncer les avortements criminels.

En France, la loi porte bien quelques atteintes au secret professionnel : ainsi la loi du 3 mars 1922, sur la police sanitaire oblige les médecins à informer les administrations sanitaires dans tous les cas de peste ; la loi du 30 novembre 1892, article 15 oblige à déclarer les maladies épidémiques ; la loi du 15 février 1902 oblige la déclaration des maladies contagieuse au premier degré ; le décret du 30 octobre 1935 rend obligatoire la déclaration de certaines maladies contagieuses ; le décret du 4 octobre 1939 déterminait des mesures exceptionnelles d'hygiène motivées par l'état de guerre, prescrit également la déclaration de certaines maladies contagieuses qu'il énumère dans son article 3 ; le décret du 29 novembre 1939 autorise les médecins à prévenir l'autorité sanitaire lorsqu'un individu atteint d'un accident vénérien expose d'autres individus à la communication de cette maladie.

Le décret du 29 novembre 1939 a introduit une incidente au paragraphe 1 de l'article 378 du Code pénal. « *Hors les*

1. *J.C.P.* 1941, p. 212.

cas où la loi les autorise ou les oblige à se porter dénonciateurs »... les médecins... sont punis s'ils violent le secret professionnel ; cette incidente englobe tous les textes que nous avons cités.

Mais nous n'avons pas de texte de portée générale et aucun texte n oblige spécialement les médecins à déclarer l'avortement qui est par sa nature si difficile à découvrir et à établir.

Il y aurait pourtant un intérêt social puissant et de plus en plus impérieux à la création d'un texte emportant cette obligation. Garraud nous dit : « En somme, le conflit de deux devoirs, celui de dénoncer, celui de garder le secret professionnel peut être tranché par la loi souveraine. Or le devoir de dénoncer l'emporte ici, au point de vue social où l'on doit toujours se placer »[1].

L'article 14 du projet général de 1919 était ainsi conçu : « Médecins, sages-femmes et pharmaciens, comme témoins dans une poursuite pour avortement pourront sans tomber sous sous le coup de l'article 378 du Code pénal déposer sur les faits reprochés au prévenu, dès lors qu'ils ne mettront en cause aucune personne vis-à-vis de laquelle ils sont tenus au secret professionnel ».

Ce texte est le résultat d'un compromis : il permet au praticien de parler mais sa disposition finale en fait un texte incohérent, Elle est telle qu'il ne se sentira pas couvert suffisamment et qu'il se réfugiera dans le silence. La Commission sénatoriale avait voté un texte plus absolu : « Les médecins, sages-femmes, cités comme témoins dans une poursuite pour avortement sont tenus de déposer sous serment sous les peines portées contre les témoins défaillants. « Cette solution aurait été une innovation considérable. Elle souleva une tempête de protestations de la part des médecins qui préfèrent se retrancher dans la tradition du secret absolu.

Notre droit pénal continuait donc à considérer, que même en matière d'avortement, le médecin, sous peine de sanctions, ne doit pas dénoncer ce délit. A la rigueur, la jurisprudence admettait la dénonciation de « faiseuses d'anges » qui par leurs manœuvres avaient causé la mort de leur cliente, mais comme le plus souvent, ces dénonciations amenaient la mise en cause

1. Rioufol, *L'avortement et la provocation à l'avortement*, thèse, Toulouse, 1924, p. 198.

de l'avortée leur cliente, les médecins préféraient garder le silence.

Il était donc impossible, que la justice fût éclairée par les médecins qui étaient cependant, de par leur profession, les plus aptes à être des auxiliaires précieux. Le souci de la répression de l'avortement aurait dû l'emporter sur le souci de la discrétion professionnelle.

En France, on rencontre trois thèses en présence : la première voudrait que la loi oblige les médecins à parler ; la deuxième solution moyenne, préconise qu'on leur donne la possibilité de parler et la troisième, se réclame de la tradition et se fait le défenseur du secret professionnel absolu.

Actuellement, alors que l'avortement par son extension, est un fléau qui menace l'existence même de la France, il était nécessaire de modifier les textes en vigueur pour permettre aux médecins d'apporter une contribution qui pouvait être si importante et qui était nécessaire aux intérêts de la répression.

Le Code de la Famille a compris cette néessité et s'est rallié à la solution intermédiaire : il n'oblige pas les confidents nécessaires à se porter dénonciateurs, lorsqu'ils ont au cours de l'exercice de leur profession décelé un avortement criminel : mais s'ils le font, ils ne s'exposent pas aux peines de l'article 378 ; ils sont couverts par un fait justificatif, la jurisprudence assimile en effet à l'ordre de la loi, l'autorisation légale.

Cette réforme est une transaction entre le secret absolu et l'obligation de dénoncer, de parler.

Le texte est très large : il ne vise pas seulement les membres du corps médical mais toutes le personnes qui dans des papiers de famille ou de par leur situation particulière, auraient trouvé trace d'un avortement : elles seraient, aux termes de l'alinéa 2, autorisées à en informer le parquet : et, à prendre cette disposition au pied de la lettre, elle aurait même délié du secret professionnel, un avocat qui aurait reçu des aveux de son client, solution qui est inadmissuble et contraire aux règles du barreau. Un avocat qui plaide l'innocence de son client est censé n'avoir pas reçu d'aveu de culpabilité de sa part.

De même avec cette formule nouvelle, le confesseur ayant reçu en confession l'aveu d'un délit d'avortement, ne serait pas tenu du secret professionnel.

Le décret-loi avait modifié l'article 378 surtout pour le

secret médical ; il ne semble pas avoir aperçu les conséquences de cette modification en ce qui concerne les professions que nous venons de citer.

L'article 90 est immédiatement applicable, même aux délits commis avant sa promulgation. C'est une disposition rétroactive. En effet elle est favorable au délinquant qui a révélé un secret, puisqu'elle l'exempte de sanctions.

On ne peut tirer argument contre cette rétroactivité, de ce que le décret-loi rend pire la situation des personnes dénoncées : à leur égard, c'est une loi de procédure puisqu'elle apporte un moyen de preuve nouveau : par là même, elle est rétroactive, le coupable n'a pas de droit acquis à l'impunité fondé sur des difficultés de preuve existant au moment où le délit a été commis et il ne peut s'opposer à l'emploi des moyens nouveaux de preuve.

Donc c'est une loi rétroactive à double titre : comme loi pénale plus douce à l'égard du dénonciateur, comme loi de procédure à l'égard du dénoncé.

La solution de compromis apportée par la loi nouvelle ne nous paraît pas satisfaisante. Il était très difficile au Code de la famille d'imposer la solution forte et d'obliger à dénoncer : on ne peut forcer les médecins à jouer ce rôle de délateurs auquel ils n'auraient jamais voulu se soumettre. Mais la solution moyenne n'apportera pas, dans l'application, beaucoup de modification au système ancien.

Du moment où le médecin n'est pas obligé de dénoncer les avortements, il préfère se taire, se disant toujours comme autrefois : « Mon rôle est de soigner et non de dénoncer, aux magistrats et aux policiers de faire leur métier, je ne suis pas un gendarme médico-légal ». La loi a pu les délier du secret médical, mais ils considèrent toujours son observation comme un devoir sacré et leur conscience leur interdit de parler toujours invoquant que si le malade n'est pas assuré de la discrétion du médecin, ils n'oseront plus se confier à lui : même dans le cas d'avortement criminel, ils se tairont ; même si on leur fait valoir que cette manière de voir joue en faveur de l'avortée évidemment, mais aussi au bénéfice de médecins tarés ou de professionnels de l'avortement et contre la victime : l'enfant prénatal.

Cette mesure boiteuse n'apportera, selon nous, aucun chan-

gement dans l'attitude des médecins au regard de la justice. Ils ne parleront ni plus, ni moins qu'avant 1939.

La réforme nécessaire pour apporter une aide efficace à la justice et intensifier la découverte des avortements et accélérer leur répression est la suppression du secret professionnel en ce qui concerne les interruptions de grossesse : l'obligation de dénoncer serait assortie d'une sanction. Cette réfome n'enléverait rien à la confiance et à la considération dont jouissent les médecins honnêtes près de leurs clients : elle pourrait enlever aux médecins tarés, aux avorteurs une véritable assurance d'impunité et par suite le désir de se faire complices ou initiateurs de l'avortement car ils redouteraient la dénonciation obligatoire de leur confrère ayant eu connaissance de leur crime.

Ainsi seulement, on pourrait constater une augmentation sensible de poursuites de ce délit de plus en plus répandu, de plus en plus redoutable.

Section II

Qui peut poursuivre le délit d'avortement ?

L'initiative des poursuites appartient au ministère public : la loi nouvelle a conféré à certaines collectivités le droit de citation directe et celui de se porter partie civile.

I. — *Le ministère public a l'exercice de l'action publique.*

C'est le procureur qui apprécie l'opportunité des poursuites : suivant les cas, il classe l'affaire sans suite ou la renvoie devant la juridiction d'instruction ou de jugement, mettant ainsi en mouvement l'action publique. Le ministère public a l'exercice de l'action publique mais il n'en a pas le monopole : s'il a un rôle prépondérant, certaines administrations publiques ont le droit de poursuivre directement en leur nom.

II. — *Droit de poursuite de syndicats médicaux et autres collectivités.*

Pour faciliter l'action de la justice le décret-loi du 29 juillet 1939 a donné à certaines collectivités le droit de se porter

partie-civile et le droit de citation directe. L'article 89 est ainsi conçu :

« Relativement aux délits prévus et punis par les paragraphes 1er, 2, 3, 5 et 6 de l'article 317 du Code pénal modifié par l'article 82 du présent décret, le droit de citation directe et de se constituer partie civile, est accordé aux syndicats médicaux et syndicats de sages-femmes à l'administration de l'assistance publique et aux établissements publics d'assistance ». Cette réforme a pour but d'intensifier les poursuites et de vaincre l'inertie des parquets. Elle a été effectuée sous la pression du danger immédiat auquel l'immoralité expose la race et la nation françaises.

Il ne semble pas que ce droit accordé ainsi aux collectivités puisse engendrer des abus, les garanties les plus sérieuses sont exigées des groupements auxquels est conféré le droit d'agir.

Un vœu avait été émis en faveur de cette réforme par le Congrès du Groupe Français de l'Union Internationale de Droit Pénal, tenu à Rome, en 1910. La réforme n'a pas donné directement l'exercice de l'action publique aux collectivités concurremment avec le ministère public, ce qui leur permettrait non seulement de mettre en mouvement l'action publique mais encore de l'exercer et de la suivre en vue de la prononciation d'une peine, en appel et en cassation. Elle a seulement permis aux collectivités d'intervenir sous le couvert d'une action civile en dommages-intérêts, lui permettant de se porter partie civile et lui accordant le droit de citation directe. La conséquence de ces prérogatives est précisément la mise en mouvement de l'action publique.

1° *Quels sont les délits à propos desquels ces droits sont reconnus aux collectivités* ? L'article 89 nous dit : « Relativement aux délits prévus et punis par les paragraphes 1er, 2, 3, 5 et 6 de l'article 317 modifié par l'article 82 du présent décret. Il s'agit donc du délit d'avortement tenté ou pratiqué par un tiers ou par la femme elle-même.

On ne conçoit pas pourquoi le délit de l'article 317-4° commis par l'homme de l'art n'est pas visé à l'article 89. Peut-être a-t-on considéré que les syndicats professionnels sont suffisamment armés par la loi du 30 novembre 1892 et qu'il n'était pas nécessaire de joindre l'action des collectivités.

Il semble plutôt qu'il y ait là une simple omission du législateur. On peut considérer les personnes qualifiées au paragraphe 4 comme coupables en vertu du paragraphe 1er de l'article 317 et le paragraphe 4 ne viserait que l'application des peines accessoires. L'infraction à l'interdiction d'exercer la profession prononcée en vertu du paragraphe 4 figure dans la liste des délits prévus à l'article 89.

On ne comprend pas pourquoi l'article 89 cite le paragraphe 6 relatif à une aggravation de peine et ne cite pas le 7° relatif à une autre aggravation. Le texte énumère encore les délits des articles 84, 86 et 87.

L'article 84 ne prévoit pas un délit mais une incapacité légale.

L'article 86 prévoit la contravention à cette incapacité légale.

L'article 87 vise l'avortement thérapeutique on s'explique mal cette référence puisque l'article 87 ne comporte aucune sanction.

Pour M. Roux[1], l'article 87 prévoit le délit d'exercice illégal de la médecine et la loi du 30 novembre 1892 dans son article 17-2° donnait déjà pour ce délit un droit de poursuite aux syndicats médicaux. Du fait que l'article 87 est visé à l'article 89, ce droit de poursuite est étendu aux syndicats de sages-femmes, à l'administration de l'assistance publique et aux établissements publics d'assistance.

L'article 89 ne permet pas de poursuivre les délits antérieurs au décret-loi du 29 juillet 1939 : il n'accorde ce droit que relativement aux délits nouveaux définis aux textes cités.

2° *Au profit de quels groupements cette action est-elle ouverte* ?

A. — *Au profit des syndicats médicaux et des syndicats de sages-femmes.*

Le droit de se porter partie civile et le droit de citation directe n'est pas conféré aux syndicats de personnes énumérées à l'article 317-4°. Relativement à ces syndicats professionnels, le décret-loi ne fait que consacrer les solutions antérieures.

1. Roux, *Lois nouvelles*, 1941, *loc. cit.*, p. 120.

La loi du 21 mars 1884 avait proclamé la liberté syndicale, la liberté des syndicats professionnels : la loi du 30 novembre 1892 conférait à ces groupements professionnels la faculté d'agir en justice en matière d'exercice illégal de la médecine.

La jurisprudence des Chambres Réunies, le 5 avril 1913 [1], avait déclaré : l'action syndicale n'a pas pour objet de donner satisfaction à des intérêts individuels mais d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat.

Cette jurisprudence est consacrée par la loi du 12 mars 1920 qui décide que les syndicats peuvent exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits qui portent préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

L'avortement, pratiqué par un médecin, pouvait en particulier être considéré comme une atteinte aux intérêts, tout au moins moraux, de la profession et motiver l'action du syndicat de médecins ou de sages-femmes.

La loi du 7 octobre 1940, qui a créé l'ordre des médecins, a supprimé la faculté aux médecins de se grouper en syndicats. Article 17 : « Les médecins n'auront pas le droit de se grouper en associations, syndicats régis par le livre III du Code du travail ».

Cette suppression confère-t-elle au Conseil de l'Ordre la représentation des intérêts collectifs de la profession ? L'ordre a-t-il le droit d'ester en justice, de se constituer partie civile ?

La loi du 2 avril 1941 a déclaré déjà que le préfet doit statuer sur avis du Conseil de l'ordre départemental dans le cas où la loi du 20 mai 1940, abrogée par elle, demandait l'avis des syndicats médicaux.

Représentant en titre de la profession, le Conseil de l'Ordre sera consulté par les pouvoirs publics dans le cas où l'étaient les anciens syndicats auxquels ils sont substitués.

Un arrêt de la première Chambre de la Cour de Paris, du 22 avril 1941 [2] définit les attributions de l'Ordre des médecins au point de vue de la représentation en justice des intérêts professionnels. Le débat était placé sur le terrain de l'interven-

1. S. 1920.1.37.
2. *J.C.P.* 1941-224.

tion en cause d'appel. L'arrêt déclare « rien ne s'oppose à ce que l'Ordre concentre dans ses mains tant la gestion matérielle que morale du patrimoine qui lui est dévolu » et conclut que l'Ordre a droit de suivre l'instance en appel.

La loi du 26 mai 1941 modifiant la loi du 30 novembre 1892, confère, en ce qui concerne l'exercice illégal de la médecin ; au Conseil de l'Ordre des médecins, aux associations professionnelles de dentistes, sages-femmes régulièrement constituées, le droit de citation directe devant les tribunaux conformément à l'article 182 du Code d'Instruction Criminelle, sans préjudice de la faculté de se porter partie civile dans toute poursuite intentée par le ministère public.

L'Ordre est donc un corps officiel qualifié pour intervenir au nom de l'ensemble de la profession. Il remplace exactement les syndicats professionnels et peut exercer en matière d'avortement et pour les délits énumérés à l'article 89 l'action qui appartenait à ces syndicats.

Cette action a un caractère mixte qui se trouve à mi-chemin entre l'action civile et l'action publique : l'intérêt collectif qu'il s'agit de défendre est un intérêt général dont l'Ordre a la charge. Cette action est une action publique camouflée qui s'apparente au droit d'agir que la loi confère à des administrations concurremment avec le ministère public.

B. — *Au profit de l'administration de l'assistance publique et des établissements publics d'assistance.*

A côté de l'action syndicale, l'article 89 habilite à poursuivre dans les affaires d'avortement, l'administration de l'assistance publique et les établissements publics d'assistance.

Sans cette indication formelle de la loi, leur action n'eut pas été reconnue recevable par les tribunaux, car ces administration et établissements ne peuvent arguer d'un préjudice marériel et moral. Ils n'auraient pu qu'invoquer le préjudice collectif résultant de la lésion d'un intérêt social dont la défense incombe normalement au ministère public. Le droit accordé à ces administration et établissements se rapproche du droit reconnu à certaines administrations fiscales d'exercer l'action publique, restreignant ainsi le monopole des par-

quets, ces administrations jouant aussi le rôle de ministère public spécialisé.

Ainsi ces administrations n'auront pas besoin de justifier pour saisir la juridiction pénale d'un préjudice propre quelconque.

La même faculté n'est pas accordée aux assosiations à but désintéressé, ligues de moralité ou ligues contre la dépopulation auxquelles la Cour de cassation a toujours refusé le droit de se porter partie civile, estimant que les principes qu'elles veulent défendre se confondent avec l'ordre public dont la défense incombe au ministère public.

Nous ne pouvons qu'approuver le droit nouveau qui est conféré à ces groupements pour une raison de principe. C'est un droit assorti de fonction sociale et non plus un droit individualiste comme à l'époque des codes. La relativité des droits individuels nécessite l'action des groupements qui ont leur rôle à jouer en collaboration avec l'Etat dans la mesure du bien commun.

Section III

Quels sont les tribunaux compétents

Les tribunaux normalement compétents pour connaître du délit d'avortement sont les tribunaux correctionnels.

La révolution nationale a créé des tribunaux d'exception qui appliquent des peines particulièrement sévères. La répression de l'avortement étant au premier plan des préoccupations de l'Etat nouveau, dans certains cas, le tribunal d'Etat a été déclaré compétent pour juger de ce délit.

I. *Compétence du tribunal correctionnel.*

Sous l'empire du Code pénal de 1810, la Cour d'assises était compétente pour juger les avortements qui étaient alors considérés comme des crimes. Il est difficile, à raison du nombre considérable d'avortements qui échappent chaque année aux investigations de la justice, de tirer en cette matière des déductions très précises des statistiques criminelles.

On peut néanmoins constater que le jury des Cours d'assises s'est montré particulièrement indulgent, n'accordant pas à cet acte la même gravité que le législateur avait voulu lui donner.

Le jury jugeait plus avec ses sentiments qu'avec sa raison. Si l'on pouvait excuser l'indulgence qu'il accordait à la fille mère abandonnée, cette indulgence devenait sans valeur lorsqu'elle s'étendait à la femme mariée qui ne voulait pas accepter la charge de sa maternité, et, quand il acquittait une matrone, cette faiblesse était un véritable encouragement au crime et même une complicité morale pour les avortements futurs qui seraient également sûrs d'être impunis.

Avec le jury l'acquittement était la règle : ainsi en 1891, comparaissaient devant la Cour d'assise de la Seine une femme Thomas, son amant complice et 49 femmes qu'elle avait fait avorter. La femme Thomas et son amant furent condamnés, les 49 femmes furent acquittées [1]. « Placé dans la nécessité de condamner une accusée comme criminelle pour un acte semblable ou de l'absoudre, le jury se prononce presque toujours pour ce dernier parti. Du moins, le ministère public avait-il jusqu'ici la ressource de présenter les acquittements comme des décisions d'espèce dues à des circonstances particulières de la cause. Mais que répondre maintenant à ces quarante neuf acquittements prononcés d'un seul bloc et qui comprennent à coup sûr toutes les variétés possibles de crimes ? C'est l'avortement même cette fois et non plus seulement tel ou tel accusé qui vient d'être absout et la jurisprudence de l'acquittement s'installe définitivement dans les prétoires de notre Cour d'Assises » [2].

En 1913, sur 89 affaires d'avortement dont 3 tentatives et 287 accusés, on compte 193 *acquittés*, 2 condamnés aux travaux forcés à temps, 14 condamnés à la peine de réclusion, 59 condamnations à plus d'un an de prison, 19 condamnations à moins d'un an et 23 sursis [3].

Pourtant les parquets redoutaient ces acquittements scandaleux et ne poursuivaient que dans les cas les plus graves. On arrivait, en considérant les affaires placées sans suite, donc

1. Carpentier, *op. cit.*, au mot « Avortement ».
2. *Lois nouvelles*, 1923, 1re partie, p. 144, *loc. cit.*
3. S. 1924-1628.

assez nombreuses, aux résultats suivants : sur 1.000 avortements dont la justice avait connaissance, 50 seulement étaient poursuivis et à cause de la faiblesse du jury, on arrivait à peine à prononcer 10 condamnations.

Cette absence de répression avait aussi pour cause l'excessive rigueur du Code Pénal surtout à l'égard de la femme, cette sévérité motive les acquittements. Les jurés effrayés par les peines énormes qu'entraineraient un verdict de culpabilité préférent déclarer l'innocence de l'inculpé.

La correctionnalisation de l'avortement était presqu'unanimement demandée pour pallier à cette carence de répression. Elle fut votée en 1923 et le nouvel article 317 érigeait l'avortement en délit ressortissant de tribunaux correctionnels. La répression de l'avortement n'était plus confiée à des juges populaires mais à des magistrats professionnels dont on n'avait pas à redouter la sensibilité en faveur du délinquant.

Le tribunal correctionnel est compétent pour les avortements comme pour les délits ordinaires. Il juge en premier ressort. Le jugement du Tribunal correctionnel est susceptible d'appel devant la Chambre des appels correctionnels statuant au second degré.

Si un point de droit a été violé, la décision d'appel peut être soumise à la Cour de cassation par un pourvoi émanant des parties au procès pénal.

Depuis la loi de correctionnalisation, on remarque que les poursuites se sont multipliées : les parquets n'ayant plus à redouter la faiblesse des magistrats, retiennent même les affaires les moins graves auxquelles seront assorties les peines minima.

Alors que pour l'année 1922 le nombre des poursuites engagées s'élevait à 130, dans les années 1926 à 1931, la moyenne des poursuites entamées s'élevait à 402. Le transfert de compétence a fait passer dès la première année, le pourcentage d'acquittement de 77 à 14.

Depuis la réforme générale apportée par le Code de la famille au délit d'avortement, la compétence est restée aux tribunaux correctionnels, mais la réforme ayant apporté une facilité très grande dans l'incrimination et la preuve du délit, le nombre des affaires portées à la connaissance de ces tribunaux a été considérablement accru et les condamnations sont

plus fréquentes et plus sévères depuis 1939, puisque actuellement des faits sont retenus comme délits d'avortement qui n'étaient pas auparavant punissables.

Appendice

Cas où l'on peut éluder la compétence du tribunal correctionnel.

Souvent le fait constitutif d'avortement tombe sous le coup d'une autre disposition pénale. On se trouve alors en présence d'un *cumul idéal* d'infractions et le fait peut être poursuivi sous toutes les qualifications qui peuvent lui être appliquées, la peine la plus forte étant seule prononcée.

Aussi les manœuvres abortives peuvent constituer en même temps le crime de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, ressortissant de la Cour d'Assises. La double accusation ne peut d'ailleurs être retenue que si les deux infractions se trouvent légalement constituées. Ainsi si les violences volontaires exercées sur une femme enceinte et ayant occasionné son avortement, ont été causées sans intention de le commettre, on ne saurait poursuivre sur la qualification de délit d'avortement.

Lorsque les poursuites n'ont pas été exercées sous toutes les qualifications possibles, il se pose la question de savoir, si un acquittement sur le fait d'avortement par exemple peut mettre obstacle à une deuxième poursuite pour le même fait, sous une autre qualification. Il y a de nombreuses controverses sur ce point.

La doctrine part du principe que lorsqu'un acte a été commis, le juge répressif a le droit de l'examiner sous tous ses aspects pénaux. Dès lors, s'il prononce un acquittement ou une condamnation, il est censé avoir apprécié toutes les autres incriminations axquelles pouvaient donner lieu les éléments du fait qui lui était soumis et les avoir implicitement écartées. Dans ces conditions, la sentence purge le fait tel qu'il existait et non pas tel qu'il était qualifié et l'action pénale se trouve épuisée [1].

Pour la jurisprudence au contraire, il n'y a chose jugée et l'action pénale ne se trouve épuisée qu'en ce qui touche les

1. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 892.

points sur lesquels la sentence était effectivement prononcée. Partant de là, pour apprécier la régularité d'une nouvelle poursuite et de la nouvelle déclaration de culpabilité, elle prend uniquement en considération, les circonstances qui avaient fourni matière à la précédente incrimination. Ce n'est que tout autant qu'elles se rencontrent semblables que les tribunaux estiment qu'il y a identité de fait mettant obstacle au renouvellement de la poursuite [1].

La jurisprudence a jugé qu'un acquittement sur une accusation d'avortement n'empêchait pas une deuxième poursuite pour crime de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner.

Cette jurisprudence est contestable, elle va à l'encontre de la règle *non bis in idem*. M. Legal nous dit que cette règle répond à un but de protection individuelle : ce serait faire preuve d'une rigueur excessive que d'exposer l'auteur d'une seule action répréhensive aux angoisses de plusieurs procédures successives alors que dès la première, les organes répressifs étaient armés pour lui demander un compte intégral de sa conduite : un double châtiment ne saurait être imposé à propos d'une défaillance unique même dans le cas où elle comporterait la violation simultanée de plusieurs textes.

Une Cour d'Appel a jugé, en principe, qu'un avortement causé involontairement par l'imprudence ou la maladresse d'un médecin pouvait tomber sous le coup de l'article 320 : le terme blessure s'applique dans sa généralité à tous les désordres, altérations ou lésions qui peuvent se produire dans les organes. Cet arrêt n'est pas contraire à la solution de la doctrine, le crime d'avortement n'étant pas constitué faute d'intention [2].

De même l'acquittement d'un agent ayant tenté l'avortement sur une femme non enceinte, motif pris qu'il n'avait pas l'intention de procurer l'avortement puisqu'il n'avait pas la *croyance* que la femme étant enceinte, ne met pas obstacle à une nouvelle poursuite pour escroquerie. Là encore la tentative d'avortement n'était pas caractérisée. Le fait ne viole qu'un texte.

Mais revenons au cas où un même fait viole plusieurs

1. Legal, S. 1939.1.193.
2. Rioufol, *op. cit.*, p. 175.

textes, par exemple l'article 317 et l'article 309 : les violences exercées pour procurer l'avortement constituent, lorsque la femme est décédée par suite de ces violences volontaires, le crime de coups et blessures volontaires ayant occasionné la mort sans intention de la donner. Il y a deux qualifications du fait selon qu'on l'envisage dans ses rapports avec l'enfant à naître ou dans ses rapports avec la mère.

Supposons que le tiers auteur de manœuvres soit traduit devant le tribunal correctionnel sous l'inculpation du délit d'avortement. Un avocat habile peut très facilement éluder la compétence de ce tribunal et faire déférer son client à la Cour d'assises sous l'inculpation d'homicide par imprudence. Malgré la nouvelle composition du jury, il attend de la Cour plus d'indulgence espérant apitoyer les jurés par des arguments sentimentaux. Pour demander l'incompétence, il invoque les deux qualifications possibles du fait : délit et crime. Il y a donc cumul idéal d'infraction et la juridiction compétente sera celle qui est appelée à prononcer la peine la plus forte. La correctionnalisation du délit d'avortement est donc, dans ce cas un vain mot : le vœu du législateur était pourtant que, quelles que soient les conséquences du délit d'avortement, il soit désormais soumis à la compétence du tribunal correctionnel. L'article 309-4° est un véritable obstacle à la compétence du tribunal correctionnel, il sera toujours invoqué.

Pour éviter cette conséquence fâcheuse. il faudrait correctionnaliser le crime de l'article 309-4°, toutes les fois qu'il s'agit de coups et blessures faites volontairement sans intention de donner la mort mais dans le dessein de provoquer et même seulement provoquant un avortement criminel, ce dans l'intérêt de la répression qui est particulièrement souhaitable dans le cas où l'avortement a eu cette conséquence si fâcheuse, la mort de la femme.

II. — *Compétence du tribunal d'Etat.*

L'idée nouvelle que l'avortement n'est pas seulement considéré comme un crime contre les personnes, mais surtout comme un crime social contre la famille et la race, a amené l'Etat nouveau basé sur le tryptique Travail, Famille, Patrie à le déférer au tribunal d'Etat dans certaines circonstances.

Ce tribunal a été prévu et organisé par la loi du 7 septembre 1941.

C'est en vertu d'une loi récente du 15 février 1942 que la répression du délit d'avortement a été assurée, dans certains cas, par ce tribunal d'exception. L'article 2 de cette loi est ainsi conçu : « Les individus désignés à l'article 1er sont compris parmi les auteurs, co-auteurs ou complices d'actes, de menées ou d'activités de nature à nuire au peuple français visés par l'article 2 de la loi du 7 septembre 1941 et passibles comme tels d'être déférés au Tribunal d'Etat ».

La loi assimile donc certains avorteurs désignés à l'article 1er aux auteurs, co-auteurs et complices de tous actes, menées ou activités qui, quels qu'en soient la qualification, l'intention ou l'objet, ont été de nature à troubler l'ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales ou d'une manière générale à nuire au peuple français.

A. — *Quels sont les individus désignés à l'article* 1er *de la loi du* 15 *février* 1942 ? — Il s'agit de « tout individu contre lequel il existe des présomptions graves, précises et concordantes qu'il a, d'une manière habituelle et dans un but lucratif procuré l'avorte ment d'une femme enceinte ou supposée enceinte, indiqué ou favorisé les moyens de procurer l'avortement ».

L'individu coupable d'avortement, de tentative d'avortement, de complicité et même de simple conseil peut être traduit devant le tribunal d'Etat sous certaines conditions, que la femme soit enceinte ou non.

Il doit exister des présomptions graves, précises et concordantes de la culpabilité de cet individu. Le terme de l'article 1er n'a pas le sens qu'on lui attribue généralement, présomption signifie ordinairement : rapport nécessaire entre plusieurs faits. Il s'agit de circonstances de nature à accréditer certains faits sans en rapporter la preuve complète. Présomption est synonyme d'indice. Autrefois l'aveu devait compléter cette preuve. Mais ici la loi érige une présomption *juris de jure* sur la base de faits précis (il suffit d'une certitude morale, l'aveu était difficile en matière de délit d'avortement) graves et concordants. Il est dérogé au principe de l'intime conviction et l'individu atteint par ces présomptions peut être déféré au

tribunal d'Etat qui, une fois saisi, exercera sur l'existence et le caractère de ces présomptions son pouvoir de contrôle[1].

Cette compétence du tribunal d'Etat est une mesure exceptionnelle qui ne se justifie que par la gravité de l'acte commis, le coupable présumé ne doit pas être un délinquant occasionnel, il doit avoir pratiqué l'avortement d'une manière habituelle. La loi n'atteint pas les femmes qui sont les victimes, volontaires ou non de ces pratiques : la loi nouvelle prend en considération, dans une certaine mesure, les mobiles de l'acte, pour réprimer avec sévérité ceux qui ne lui paraissent mériter aucune excuse, aucune indulgence ; en effet, elle traduit devant le Tribunal d'Etat le délinquant qui a agi dans un but lucratif.

C'est donc seulement l'avorteur professionnel, qui pratique habituellement ou dans un but lucratif l'avortement, qui est visé par les articles 1er et 2 de la loi du 15 février 1942 pour se voir déférer au tribunal d'Etat qui lui infligera une peine exemplaire.

B. — Mais il semble qu'il y ait *un conflit de compétence* : en effet, le tribunal correctionnel est également compétent pour les délits d'avortement *commis par un délinquant d'habitude* : l'article 317-2° est ainsi conçu : « L'emprisonnement sera de 5 ans à 10 ans et l'amende de 5 à 20.000 mille francs, s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés au paragraphe précédent ». On remarque que dans ce cas, les peines qu'il peut infliger seront particulièrement élevées.

Dans quel cas le tribunal correctionnel sera-t-il saisi ? Dans quel cas la compétence appartiendra-t-elle au tribunal d'Etat ? La loi ne le précise pas.

Une circulaire du 17 mars 1942 adressée aux préfets nous indique « Lorsque les faits vous paraîtront soit par les circonstances dans lesquelles ils sont intervenus, soit par leur répétition présenter une gravité particulière, vous les signalerez à M. le Ministre Secrétaire d'Etat à l'Intérieur et à M. le Secrétaire d'Etat à la Famille et à la Santé afin que leurs auteurs soient éventuellement déférés au tribunal d'Etat ».

1. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, édit. 1943, p. 647.

En réalité, ce sont les parquets qui sont les plus aptes à apprécier l'importance de l'affaire. En fait le dossier est transmis par eux aux Gardes des Sceaux avec indication de la gravité particulière de l'affaire. Avis est pris du conseil des ministres qui renvoie, s'il y a lieu, l'affaire devant le tribunal d'Etat. Ce tribunal est donc saisi par un acte du gouvernement.

Jusqu'à décision définitive, par conséquent, même en cause d'appel, un acte du gouvernement peut enlever la connaissance d'une affaire à une juridiction de droit commun normalement saisie, la déclarer incompétente pour déférer l'affaire au tribunal d'Etat. Le tribunal de droit commun n'a pas qualité pour se déclarer incompétent, motif pris de ce que l'affaire par sa gravité ressortit du tribunal d'Etat. Le pouvoir de l'Etat est sans recours, fait du prince. Cela ressort de l'article 13 de la loi du 7 septembre 1941.

Section IV

Procédure devant les tribunaux

I. — *Procédure devant le tribunal correctionnel.*

Les affaires d'avortement ne viennent jamais devant le tribunal correctionnel sur citation directe. Elles sont soumises à une instruction. Le juge d'instruction recherche la preuve du délit et est juge de la suite à donner à l'affaire.

A. — *Recherche de la preuve du délit.*

a) *Expertise médicale.* — Le plus souvent dans les affaires d'avortement, le juge fait ordonner une *expertise médicale* de l'avortée présumée.

Le médecin commis n'est pas lié par le secret professionnel : il est un auxiliaire précieux du juge d'instruction et son rapport doit relater formellement toutes les constatations que lui ont suggérées l'examen de la prévenue. Ni ce qu'il observe ou devine, ni même ce que l'individu soumis à l'expertise lui avoue ne peut être considéré comme lui ayant été confié à titre confidentiel expressément ou tacitement, mais il ne doit communiquer le résultat de ses recherches qu'à l'auto-

rité par laquelle il a été commis, il est dépositaire du secret médical et du secret judiciaire.

Le médecin traitant, avant la réforme de 1939 devait refuser les fonctions d'expert puisqu'aux termes de l'article 378, il était lié par le secret professionnel. Depuis le décret-loi il peut refuser ces fonctions, mais il n'y est pas obligé puisque la loi l'autorise à se délier vis-à-vis de la justice du secret professionnel.

b) *Limitation du secret professionnel. Témoignage. — L'aménagement du secret professionnel* peut dans une certaine mesure faciliter la tâche du juge d'instruction pour établir le délit. En effet, aux termes de l'article 378 nouveau, le médecin n'est pas obligé de témoigner mais il en a la possibilité. Son témoignage ne sera plus considéré comme autrefois, comme n'ayant aucune force probante, le médecin cité en justice, devait obéir à la citation de comparaître pour dire que dans cette affaire. il se considérait comme lié car le secret professionnel, et, s'il parlait, au mépris de ce secret, le juge ne devait accorder aucune valeur à son témoignage, de plus il était poursuivi pour le délit établi par l'article 378 sans qu'il soit besoin de démontrer qu'il avait agi dans l'intention de nuire.

Actuellement, cité en justice, il est obligé de comparaître, il peut évidemment se retrancher derrière le secret professionel mais il a la faculté de parler s'il le juge à propos, sans s'exposer à aucune peine. Toutes les explications que nous avons données à la première section de ce chapitre, au paragraphe II intitulé « Limitation du secret professionnel (Dénonciation) » valent ici pour le témoignage.

Les critiques que nous avons adressées à cette solution de compromis trouvent également place ici et nous les renouvelons encore avec plus de force. En effet l'on peut comprendre que la loi n'ait pas voulu obliger le praticien au rôle de délateur ; mais quand la justice est déjà saisie et qu'il s'agit d'une révélation provoquée sous forme de témoignage, on comprend difficilement que la loi ait laissé au médecin la faculté de se taire. Ceci aboutira à une inégalité dans la répression puisque celle-ci dépendra de la conception que chacun se fera de la portée de la discrétion professionnelle eu égard à la gravité de l'acte commis et de la bonne administration de la justice.

c) *La preuve de la grossesse n'est pas nécessaire.* — Avant la réfome du Code de la famille, *la preuve de la grossesse* devait être rapportée pour permettre de poursuivre le coupable devant le tribunal répressif. Cette preuve était très difficile à établir : le plus souvent les avortements intervenaient tout au début de la grossesse et en cas d'échec, il était impossible de démontrer la grossesse de la femme, pour incriminer la tentative commise sur elle par un tiers.

Actuellement, il n'est pas nécessaire de rapporter cette preuve : le juge qui n'arrivera pas à l'établir poursuivra néanmoins le coupable vers l'inculpation de tentative d'avortement.

C'est cette réforme capitale qui a amené le plus grand nombre d'affaires devant les tribunaux correctionnels.

d) *Preuve préconstituée résultant du certificat médical en cas d'avortement thérapeutique.* — Lorsque les poursuites étaient exercées contre un médecin, celui-ci, au cours de l'instruction, indiquait pour sa défense qu'il avait pratiqué un avortement thérapeutique. Le juge devait démontrer qu'il s'agissait bien d'un avortement criminel et rapporter la preuve difficile de ce délit.

Actuellement, depuis l'innovation apportée dans la législation de l'avortement par l'article 87 du Code de la famille qui réglemente l'avortement thérapeutique, le médecin qui n'a pas observé les formalités prescrites, par cet article doit démontrer son innocence. Le certificat médical requis et qui doit être dressé par les trois médecins et attester que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une intervention thérapeutique, est une *preuve préconstituée* de l'innocence des médecins, une preuve qu'il leur est facile de se ménager par avance et qui les couvre lorsqu'ils sont incriminés. Donc le juge d'instruction pour poursuivre n'a, en l'absence de certificat, pas à établir qu'il ne s'agit pas d'un avortement thérapeutique.

Le juge d'instruction ayant examiné les faits peut prendre deux partis : ou il ne les juge pas suffisamment démontrés et clôture son instruction par une ordonnance de non lieu : ou la réalité des faits est établie et il rend une ordonnance de renvoi par laquelle il saisit le tribunal correctionnel et dans

laquelle il qualifie les faits délit d'avortement, tentative d'avortement, complicité d'avortement, etc...

B. — *L'affaire est renvoyée devant le tribunal correctionnel.*

Le président du tribunal procède à l'interrogatoire du prévenu, entend les témoins.

Le procureur dresse un réquisitoire généralement très sévère, le délit d'avortement étant spécialement réprimé par les lois actuelles.

L'avocat du prévenu présente sa défense.

L'assistance d'un avocat est obligatoire dans le cas où le prévenu est un délinquant d'habitude, quand il encourt la relégation.

Huis clos. — La publicité des débats judiciaires est une règle d'ordre public qui ne souffre d'exception que dans les cas limitativement déterminés par l'article 81 de la Constitution du 4 novembre 1848. si la publicité des débats paraît dangereuse pour les bonnes mœurs et l'ordre public.

Le droit attribué aux tribunaux de suspendre la publicité des débats, en matière d'avortement par exemple, n'est nullement subordonnée au consentement que la défense peut donner à cette mesure ; et, si rien ne s'oppose à ce que la défense soit mise à même de la discuter, son application, faite dans l'intérêt de l'ordre public, n'est soumise à aucun autre intérêt et est subordonnée à la conscience des magistrats.

L'inculpé ne saurait donc faire grief de ce que le tribunal a ordonné le huis-clos sans que la défense ait été mise en demeure de discuter cette mesure : la décision par laquelle les juges du fond prononcent le huis-clos, incident extrinsèque au fond du procès est sans influence possible sur la défense du prévenu et se rattache exclusivement à la police de l'audience. Cette mesure peut donc être prise sans la nécessité d'un rapport préalable en cause d'appel. Le ministère public qui réclame le huis-clos doit déclarer qu'il le fait « à raison de la nature de l'affaire ». Mais le tribunal qui s'abstient dans son jugement de motiver la mesure ordonnée et se borne à énoncer dans son arrêt que les débats auront lieu à huis-clos a violé les textes et voit sa décision annulée [1].

1. Cour de cassation, 1er décembre 1932, *Gaz. Pal.* 1933.1.146.

La nécessité du huis-clos ne saurait s'induire implicitement de la nature de l'affaire, ni des réquisitions du Ministère Public : le juge doit déclarer expressément que la publicité des débats de cette affaire est dangereuse pour l'ordre et les mœurs.

II. — *Procédure devant la Chambre des appels correctionnels.*

On suit le même processus pour le délit d'avortement que pour les autres délits avec cette différence que très souvent le huis clos est prononcé.

La Chambre des appels correctionnels a le pouvoir d'infirmer ou de confirmer le jugement dont il est fait appel. Elle peut augmenter les peines prononcées en première instance, les diminuer ou les maintenir.

III. — *Pourvoi en cassation.*

Ce pourvoi n'a pas d'effet dévolutif. La Cour de Cassation ne juge pas le procès mais le jugement rendu en dernier ressort.

Le demandeur à l'appui de son pourvoi peut joindre une requête contenant le moyen de cassation. La procédure est la procédure ordinaire devant la Chambre criminelle.

IV. — *Procédure devant le tribunal d'Etat.*

Nous avons vu que ce tribunal était saisi par le Conseil des ministres. La procédure est laissée au bon plaisir du tribunal d'Etat.

Il peut désigner un de ses membres pour informer, faire les recherches. On trouve ici une dérogation au principe du droit commun d'après lequel celui qui instruit ne doit pas juger.

Toutes les garanties du droit commun prévues par la loi de 1897 n'existent pas ici. En tout état de cause, le président ou le vice-président ou le juge par l'un d'eux délégué peuvent sur réquisitoire du commissaire du gouvernement décerner un mandat de dépôt et d'arrêt.

Néanmoins à défaut d'un défenseur choisi par l'inculpé non présent à l'audience, le président du tribunal désigne immédiatement un défenseur d'office.

Les jugements rendus par le tribunal ne sont susceptibles

d'aucun recours ou pourvoi en cassation, ils sont exécutoires immédiatement.

Un recours en grâce peut être fait devant le Chef de l'Etat.

Le fossé se creuse entre le droit commun fidèle aux principes libéraux et le droit de crise qui a inspiré la création de ce tribunal d'exception et qui sacrifie la tradition à la répression. La lutte est ouverte entre deux courants : le courant libéral et le courant de crise qui met au-dessus de tout le droit de la défense sociale. Ce conflit sera arbitré par les circonstances. Le tribunal d'Etat n'est qu'une juridiction temporaire.

CHAPITRE III

PENALITES

La loi nouvelle a apporté de grandes innovations en matière de pénalités. Son but, avons-nous vu, étant une répression plus sévère, elle devait pour ce faire augmenter fatalement le taux des peines.

Depuis 1923, les peines étaient des peines correctionnelles. Le décret-loi de 1939 a maintenu le taux de ces peines correctionnelles mais elle a intensifié la répression dans le cas d'avortement habituel portant la peine d'emprisonnement jusqu'à un maximum égal à celui qu'on inflige en matière criminelle : le délinquant habiuel est parfois même passible des peines criminelles quand il est déféré au tribunal d'Etat. L'étude des peines principales fera l'objet de notre première section.

Dans une section II, nous étudierons les peines complémentaires accompagnant ces peines principales, l'interdiction de séjour déjà édictée par la loi de 1923 et la relégation prévue par le Code de la famille pour renforcer la répression.

Une section III traitera des incapacités d'ordre professionnel : l'une de ces incapacités étant l'interdiction d'exercer la profession prononcée à l'encontre des personnes incriminées à l'article 317-4°, l'autre l'interdiction d'emploi dans une maison d'accouchement.

Une dernière section s'occupera spécialement de la réforme de la loi de 1942 (15 février) qui prescrit l'internement administratif dans le cas d'avortement habituel ou lucratif.

Section I

Peines principales

Dans l'ancien article 317 (rédaction de 1810) les peines édictées étaient des peines criminelles. Nous avons vu que la

peine de réclusion normalement applicable à toute personne qui, au terme du paragraphe 1er de l'article 317, avait provoqué l'avortement d'une femme enceinte, était en fait très rarement prononcée par la Cour d'assises ; la femme qui s'était procuré l'avortement à elle-même encourait cette même peine, mais en fait n'était jamais condamnée. Le paragraphe 3 prévoyait une aggravation de peine lorsque la personne qui avait administré ou indiqué les moyens de provoquer l'avortement revêtait la qualité de médecin, chirurgien et autres officiers de santé ainsi que pharmacien. La peine était alors les travaux forcés à temps.

Depuis la loi de 1923 qui a correctionnalisé l'avortement, les peines deviennent des peines correctionnelles.

Le Code de la famille a maintenu ces peines correctionnelles : conservant à l'article 317 sa division traditionnelle, étudions dans les divers cas qu'il envisage, le taux de ces peines.

§ 1. — *Avortement effectué par un tiers.*

C'est le cas général énoncé, comme en 1923, par l'article 317-1°. La peine encourue par le tiers coupable est un emprisonnement de un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 10.000 francs. Ces pénalités sont les mêmes qu'en 1923. La loi ne distingue pas pour l'application de la peine suivant que la femme a ou non consenti à l'avortement. Garraud [1] nous dit cependant que cette distinction devrait être faite. Le coupable qui a agi à l'insu ou contre le gré de la femme devrait être puni plus sévèrement que celui qui a agi avec son consentement. Certains codes pénaux étrangers marquent cette nuance dans la répression [2].

§ 2. — *Avortement commis par la femme.*

Ce cas visé en 1923 par le paragraphe 2 de l'article 317, est maintenant l'objet du paragraphe 3 de ce même article. La pénalité est actuellement la même qu'en 1923. La peine d'emprisonnement est de 6 mois à 2 ans et l'amende de 100 à

1. GARRAUD, *op. cit.*, t. V, n° 2020.
2. Code pénal Italien de 1930. Codes Suédois, Finlandais, Hongrois de 1878 Belge, Danois 1933, Suisse, 1938.

2.000 francs pour la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués à cet effet.

Alors que le Code pénal de 1810, pour la peine applicable, ne distinguait pas le cas où c'était un tiers ou la femme enceinte qui avait procuré l'avortement, la loi de 1923 et le Code de la famille prévoyaient, dans le cas où c'est la femme qui a agi, une peine infiniment moindre, voulant marquer ainsi ce qu'il y a d'excusable dans le crime de la femme. M. Legal [1] critique cette bienveillance particulière manifestée par le taux des pénalités. « Peut être aurait-il suffi de maintenir pour le juge, la faculté d'individualiser la peine dans le sens de l'indulgence, tout en élevant en principe la sanction au niveau prévu pour le cas général : l'avortement provoqué par la femme, ne comporte plus, en effet, semble-t-il, la même indulgence systématique qu'il pouvait paraître mériter jadis, lorsqu'il s'agissait, en fait, le plus souvent d'une fille mère cherchant à dissimuler son déshonneur ou à échapper à la misère par une interruption de grossesse.Aujourd'hui la pratique de l'avortement est répandue, dans la classe aisée et il n'est pas rare qu'elle soit le fait d'une femme mariée qui entend simplement se soustraire aux charges d'une maternité légitime. Un traitement bienveillant s'explique beaucoup moins bien, si ce n'est que la femme souffre directement des inconvénients de la maternité en perspective et des risques d'un avortement ».

§ 3. — *Cas de l'homme de l'art.*

Pour la détermination de peines applicables aux personnes qualifiées énumérées à l'article 317-4°, il faut se référer au paragraphe 1er. Donc la peine est de un an à 5 ans d'emprisonnement et une amende de 500 à 10.000 francs comme pour le tiers. Mais la loi, pour marquer la différence entre ces deux situations édicte contre les tiers qualifiés une sanction accessoire : la suspension temporaire ou l'incapacité absolue d'exercide de la profession doit être obligatoirement prononcé par le tribunal.

1. *J.C.P.*1941-212.

Nous étudierons dans notre section III cette incapacité.

Les peines édictées par le Code de la famille, d'après les développements qui précèdent ne semblent donc pas plus sévères que celles édictées en 1923. Nous verrons cependant que le législater par le jeu de mesures de sûreté, d'incapacités légales, de peines complémentaires accompagnant les peines principales, a bien effectivement renforcé la répression.

Il l'a rendue exemplaire en intercalant à l'article 317 un paragraphe 2 qui n'existait pas en 1923 et qui prévoit une peine principale d'emprisonnement correctionnel dont le taux est inusité dans notre droit. Etudions le cas qui reçoit une telle pénalité.

§ 4. — *Peine infligée à l'avorteur d'habitude.*

Le paragraphe 2 de l'article 317 s'exprime ainsi : « L'emprisonnement sera de cinq à dix ans et l'amende de cinq mille (5.000 francs) à vingt mille francs (20.000 francs) s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés au paragraphe précédent ».

La peine d'emprisonnement est particulièrement sévère de 5 à 10 ans et l'amende très élevée pour ce cas d'avortement particulièrement répréhensible.

Si la condamnation est supérieure à 3 ans d'emprisonnement, elle entraîne l'application d'une peine complémentaire : la relégation qui est remplacée par 20 ans d'interdiction de séjour lorsque l'avortement a été habituellement pratiqué par une femme qui a encouru de ce fait plus de 3 ans de prison. Nous étudierons plus loin ces sanctions accessoires.

En outre, la loi du 15 février 1942 dans son article 2 dit : « Les individus désignés à l'article 1er (c'est-à-dire tout individu contre lequel il existe une présomption grave, précise et concordante qu'il a, d'une manière *habituelle* et dans un but lucratif procuré l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, indiqué ou favorisé les moyens de procurer l'avortement) sont compris parmi les auteurs, co-auteurs ou complice d'actes, de menées ou d'activités de nature à nuire au peuple français visés par l'article 2 de la loi du 7 septembre 1941 et passibles comme tels d'être déférés au tribunal d'Etat.

Les peines prononcées par le tribunal d'Etat peuvent être

des peines criminelles ; ces peines sont prévues à l'article 11 de la loi du 7 septembre 1941 : la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation, les travaux forcés à temps, l'emprisonnement avec ou sans amende sans que la peine prononcée puisse être inférieure à celle prévue par les dispositions retenues ou la qualification du fait poursuivi.

Ces peines sont beaucoup plus sévères que celles prescrites par le Code de la famille : le Tribunal d'Etat ne peut pas prononcer une peine inférieure à 5 ans d'emprisonnement et peut aller jusqu'à la peine de mort.

Les jugements sont en outre assortis, aux termes de l'article 2 de la loi du 15 février 1942, d'une certaine publicité sanctionnée par une peine sévère d'emprisonnement et d'amende

Depuis la loi du 15 février 1942, voici quelques décisions rendues en matière de délit d'avortement par le tribunal d'Etat

Le 9 juin 1943, une blanchisseuse de Cherbourg, Marie-Louise G..., née L..., âgée de 39 ans a été condamnée à mort par le tribunal d'Etat. Elle avait à se reprocher 26 avortements qu'elle avouait expliquant qu'elle avait reçu, au total, une somme de 12.000 francs.

Avec cette femme comparaissaient trois complices qui recrutaient la clientèle ; dont, Augustine B..., veuve C..., 68 ans, cartomancienne demeurant à Cherbourg, elle a été condamnée à 10 ans de réclusion.

Jeanne T..., née H..., 42 ans, ménagère, demeurant à Cherbourg contre laquelle a été prononcée une peine de 7 ans de réclusion.

E..., Hélène, née B..., 49 ans, ménagère, demeurant à Cherbourg, condamnée à 5 ans de travaux forcés.

Chacune de ces trois coupables devait en outre payer 6.000 fr. d'amende [1].

Louise G..., a été exécutée le 30 juillet 1943.

Le 24 juin 1943, le Tribunal d'Etat, siégeant encore à Paris, à huis clos, a prononcé une condamnation aux travaux forcés à perpétuité contre Maurice B..., mécanicien à Lisieux, poursuivi pour une série d'avortements. Sept de ceux-ci ont été formellement établis à sa charge [2].

1. *Journal des débats*, 14 août 1943.
2. *Journal des débats*, 26 juin 1943.

Le 13 août, le Tribunal d'Etat, siégeant a Paris, a condamné à la peine de mort Désiré P..., de Saint-Ouen-en-Belin (Sarthe).

P..., fut arrêté le 18 février 1943, sur la dénonciation d'une femme qu'il avait faite avorter en octobre 1942. Il reconnut avoir pratiqué deux autres avortements en octobre et novembre 1942.

D'autre part, P..., avait été condamné deux fois en 1938 et en 1939 pour avortement [1].

On voit d'après ces trois espèces combien l'application des peines est sévère, mais aussi le nombre important d'avortements commis par les condamnés.

La circulaire du 17 mars 1942 prévenait les préfets que le gouvernement attache à l'application de la loi du 15 février 1942, dans la situation démographique de la France actuelle un intérêt capital. Elément essentiel de la politique familiale du gouvernement, elle est appelée, si son application est poursuivie avec vigueur et continuité, a arrêter les ravages d'un véritable fléau social, en mettant les avorteurs hors d'état de continuer leur criminelle industrie et en arrêtant par l'exemple ceux qui seraient tentés de les imiter

La nature de l'infraction paraît changée si l'on considère les peines applicables : cela n'indique pas que la qualification du délit change, légalement l'avortement demeure délit : la nature du délit n'est changée que d'une façon pratique, devant la gravité des faits on a voulu rendre la peine plus sévère. Dans les aspects de l'infraction prévue par la loi, le fait n'a pas changé de nature : en ce qui touche la tentative, elle sera toujours tentative de délit et ne sera punie qu'autant que la loi l'indiquait et non toujours, comme une tentative de crime.

En ce qui concerne la récidive, la loi nouvelle aura une répercussion ; on tiendra compte de l'étiquette-peines pour déterminer de quelle récidive il s'agit ; ici l'étiquette peine changera le caractère du délit. Mais la qualification délit est maintenue à l'avortement malgré la compétence du tribunal d'Etat permettant d'infliger des peines criminelles.

La nouvelle législation en élevant considérablement l'emprisonnement correctionnel et l'amende, en permettant le

1. *Journal des débats*, 14 août 1943.

prononcé de peines criminelles a entendu souligner spécialement le caractère très dangereux des délinquants d'habitude en matière d'avortement, qu'il appartienne ou non aux professions médicales par opposition aux délinquants occasionnels.

Le décret-loi applique ainsi à un nouveau délit la circonstance d'habitude. L'habitude, nous dit Garraud [1], consiste dans la pratique réitérée du même acte.

Jusqu'au décret-loi du 29 juillet 1939, le délit d'habitude était composé d'un certain nombre d'actes et chacun de ces actes pris isolément n'était pas punissable : la réunion de ces actes était seule incriminée, elle indiquait la mentalité dangereuse de l'agent alors que chaque fait isolé ne constituait qu'un danger social bien minime. Ce que le législateur punit, ce n'est pas seulement la réitération du même acte, mais plutôt la tendance acquise de l'individu, son penchant à la répétition du même fait. Telles étaient : le délit d'excitation de mineurs à la débauche (art. 334-1°), de mendicité (art. 275), l'usure avant le décret-loi de 1935, l'exercice illégal de la médecine (art. 16 de la loi du 30 novembre 1892) : pour tous ces délits, la répétition était exigée pour la répression : l'habitude était en quelque sorte un élément constitutif du délit.

La loi nouvelle, pas plus que les anciens textes d'ailleurs, ne définit la notion d'habitude. C'est une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux : le juge devra mentionner l'existence de l'habitude et indiquer les éléments de fait qui la composent. La Cour de cassation exerce son contrôle sur la circonstance d'habitude déterminée par le juge du fond et casse les décisions qui ne lui paraissent pas motivées. Ce n'est donc pas une pure question de faits : les décisions de la Cour suprême permettent de dégager les principes généraux et de construire une théorie de l'habitude.

1° *Caractère de la circonstance d'habitude de l'article* 317-2°. — Dans les délits d'habitude du Code pénal et des lois spéciales que nous avons énumérées, l'habitude est un élément constitutif du délit. Sans l'habitude, il n'y aurait pas délit mais un fait moralement répréhensible certes, ne tombant pas sous le coup de la loi pénale.

1. GARRAUD, *op. cit.*, t. V, p. 538.

En ce qui concerne l'avortement, il n'apparaît pas que l'habitude soit un élément du délit : l'avortement est à lui seul punissable dès qu'il a été une seule fois commis et le législateur n'a pas voulu créer un *nouveau délit d'avortement habituel*, mais seulement punir plus sévèrement le coupable dans le cas où il aurait déjà manifesté par des actes analogues antérieurs sa mentalité délictueuse.

La circonstance d'habitude n'entre donc pas dans les conditions d'incrimination du délit, mais plutôt dans la mesure de la peine, c'est une *cause d'aggravation de la peine*. Le législateur a voulu distinguer quant à la répression, le délinquant occasionnel de l'avorteur de profession.

L'habitude est donc une circonstance aggravante du délit prévu à l'article 317-1°. La Cour de Poitiers le considère ainsi, dans sa décision du 16 novembre 1940[1], le deuxième délit comporte « cette double *circonstance aggravante* que la prévenue était sage-femme et se livrait *habituellement* à des manœuvres abortives ».

Il semble que cette solution concorde bien avec la définition même de la circonstance aggravante : c'est une circonstance accessoire du fait principal qui modifie en l'aggravant soit la criminalité de l'action, soit la culpabilité de l'agent.

Dans l'article 317-2°, l'habitude est bien considérée comme une circonstance accessoire du délit d'avortement : en son absence, l'avortement conserve toujours son caractère de délit : d'autre part, elle influe sur la culpabilité de l'agent, la peine encourue est bien augmentée ; on peut même constater que dans certains cas la peine change de caractère et devient peine criminelle quand le coupable est jugé par le tribunal d'Etat, avec toutes les incapacités et les exclusions que cela entraîne.

La circonstance d'habitude aggrave la criminalité de l'action en ce sens que les peines encourues sont plus fortes : mais dans le cas où la nature des peines est changée, la nature de l'infraction demeure la même, la qualification légale de l'infraction n'est pas modifiée : l'avortement assorti de la circonstance d'habitude, même puni de peines criminelles, est et demeure un délit *stricto sensu* avec toutes les conséquences qui en résultent pour l'application des théories de la récidive.

1. *D.C.* 1941. J. 78.

Le fait que l'habitude en matière d'avortement est une circonstance aggravante présente un intérêt au point de vue de la récidive, En effet, si le cas prévu au paragraphe 2 de l'article 317 était un délit d'habitude, pour punir le récidiviste, la règle de la spécialité de la récidive exigerait qu'il ait commis deux délits de même nature, c'est-à-dire deux délits d'habitudes prévus à l'article 317-2°. Or il importe peu que le délinquant déjà puni en vertu de l'article 317-1° ou 2°, ou 4° lequel se réfère à 1° et 2° soit poursuivi à nouveau en vertu de l'un quelconque de ces paragraphes, il sera de toute façon traité comme récidiviste, sans qu'il soit fait échec pour cela à la règle de la spécialité de la récidive.

Ajoutons que cette circonstance aggravante est une circonstance aggravante personnelle puisqu'elle ne modifie en rien la criminalité de l'action, mais a une grosse influence sur la culpabilité de l'agent. Cette solution présente un gros intérêt, comme nous l'avons vu, en matière de complicité.

2° *Qui peut-être délinquant d'habitude.* — La circonstance d'habitude s'applique aux tiers quelconques coupables d'avoir pratiqué l'avortement en vertu de l'article 317-1°. C'est ce tiers qui est spécialement visé par le paragraphe 2. Elle s'applique également aux professionnels énumérés au paragraphe 4 de l'article 317 qui se réfère expressément aux paragraphes 1 et 2 et ne fait pas obstacle aux sanctions complémentaires encourues du fait de leur profession.

Elle ne s'applique pas à la femme, le paragraphe 3 qui s'occupe du délit commis par la femme ne fait aucune mention au paragraphe 2. On peut s'étonner de ce silence. La loi est plus indulgente à l'égard de la femme qui s'est procuré l'avortement à elle-même, nous nous sommes expliqués sur ce point. Mais est-il souhaitable que cette bienveillance s'étende à la femme qui a l'habitude de se procurer l'avortement ? Il nous semble que l'indulgence peut alors se qualifier de faiblesse.

3° *Nombre d'actes nécessaires pour constituer l'habitude.* — Il faut évidemment plusieurs faits pour constituer l'habitude. Ces faits doivent être de la même nature (avortement). La réitération du même acte est suffisante pour indiquer le penchant du coupable.

Le nombre d'actes nécessaires à l'établissement de l'habitude est laissé à l'appréciation des tribunaux. Ce chiffre a varié en jurisprudence selon la nature du délit envisagé. Pour le délit d'usure, deux faits suffisent ; en matière d'excitation de mineures à la débauche, ce chiffre est laissé à l'appréciation des tribunaux sans autre précision [1].

D'après Garraud [2], un minimum de trois faits est indispensable.

D'après la Cour d'Appel de Poitiers [3] la circonstance aggravante d'habitude est suffisamment caractérisée par la succession de 2 avortements.

Mais ces deux avortements sont nécessaires. L'habitude ne pourrait s'induire d'un acte et de la découverte par exemple, à la suite d'une perquisition chez le prévenu, d'instruments destinés à procurer l'avortement. Ces indices pourraient révéler tout au plus une disposition à commettre ce délit mais ne suffisent pas à eux seuls joints avec un acte d'avortement, à démontrer la pratique habituelle de l'avortement.

L'exigence de deux faits est donc bien nécessaire et encore le juge doit-il se renseigner sur le genre de vie du prévenu, son comportement antérieur car il pourrait arriver que chacun de ces deux faits ait été provoqué et accompli dans des circonstances exceptionnelles et présente un caractère très net d'acte isolé.

Ce que le législateur a voulu punir, c'est surtout la manifestation de l'état de délinquant d'habitude pour laquelle deux actes sont nécessaires mais ne sont pas toujours suffisants. L'arrêt de Poitiers ne pose pas un principe absolu quand il dit que deux actes suffisent à caractériser la circonstance aggravante d'habitude.

4° *Quel intervalle de temps doit séparer ces 2 actes.* — Les faits ne doivent pas être trop anciens, ni séparés les uns des autres par un trop long délai, sinon il s'agirait d'actes isolés et non d'actes habituels. La loi n'a donné aucune indication sur l'intervelle qui doit séparer ces faits pour que l'habitude soit ou non constituée : c'est laisser au juge du fond l'ap-

1. D. 1901.1.173.
2. Garraud, *op. cit.*, t. I, p. 248.
3. *D.C.* 1941 J. 78, déjà cité.

préciation libre, suivant les circonstances de la cause de ce que doit être ce délai.

En doctrine la question avait été longuement discutée.

Certains auteurs [1] proposent de fixer à 5 ans l'intervalle de temps séparant deux faits suffisant à établir l'habitude. Ils invoquent à l'appui de leur opinion le caractère de circonstance aggravante que l'habitude a emprunté depuis la loi nouvelle, caractère qui lui donne une certaine analogie avec la circonstance aggravante de récidive. Or nous savons que pour qu'un individu soit réputé en état de récidive correctionnelle, puisqu'ici il s'agit de délit, il faut que le délit nouveau pour lequel il est poursuivi ne soit pas séparé par un intervalle de plus de 5 ans du délit ancien pour lequel il a déjà été condamné. Cette interprétation tendrait à confirmer une confusion déjà trop fréquente depuis la modification de l'article 317 par le décret-loi de 1939, de deux notions pourtant fort différentes puisque l'une exige une simple réitération, l'autre une condamnation devenue définitive antérieurement au second délit : l'habitude et la récidive.

Une autre opinion [2] consiste à tenir compte du délai de prescription, c'est-à-dire puisqu'ici nous nous occupons du délit d'avortement, du délai de trois ans nécessaire à la prescription de l'action publique. Donc un premier avortement commis plus de trois ans avant l'avortement actuel, objet des poursuites, ne saurait compter comme l'un des faits constitutifs de l'habitude.

C'est en raisonnant par argument *a contrario*, que l'on peut conclure que le délai normal dans lequel doit se produire le second fait constitutif de l'habitude est de trois ans, c'est-à-dire le délai même de prescription. Dans ce sens sont : Villey-Berthault-Hauss-Laborde [3].

Des auteurs disent qu'il est nécessaire de retrouver tous les éléments constitutifs de l'habitude dans un délai non prescrit, tels sont Faustin-Hélie, Bourguignon, Duvergier, Sellyer [4].

M. Donnedieu de Vabres [5] invoque la raison suivante : à savoir que si une infraction ne peut plus être poursuivie après

1. Roux, cité par M. Lebrun, *D.C.* 1941, J. 78.
2-3. Garraud, *op. cit.*, t. II, p. 561, note 26.
4. *D.C.* 1941, J.78.
5. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, n° 185.

trois ans, il est normal qu'on ne puisse faire état d'un fait qui, isolément, n'a pu être poursuivi et ne sert pratiquement qu'à caractériser l'habitude. Mais nous avons vu que depuis le décret-loi de 1939, la circonstance d'habitude était appliquée à la réitération d'un délit isolément punissable, donc d'une infraction qui se prescrit par trois ans.

Il nous semble que si normalement, après 3 ans ce délit ne peut plus faire l'objet d'une poursuite, rien ne s'oppose à ce que dans l'esprit du juge, il puisse compter comme élément constitutif de l'habitude ; d'autant plus que l'avortement étant un acte très grave n'est pas répété à intervalle de temps trop rapproché et dès lors si l'on admettait ce délai relativement court de 3 ans pour écarter les poursuites en application de l'article 317-2°, le but de la loi ne serait pas atteint et la circonstance aggravante d'habitude rarement établie.

La Cour de Cassation [1] a admis qu'une infraction, même prescrite serait susceptible d'être prise en considération comme élément constitutif de l'habitude.

Une troisième opinion [2] conforme à la majorité des décisions jurisprudentielles, soutient au contraire que chacun des faits constituant le délit d'habitude n'étant pas isolément un délit punissable, le fait ne pourrait se prescrire isolément. Dans cette opinion, peu importe le moment auquel remonte le fait d'habitude, il pourra toujours être pris en considération pour établir la circonstance d'habitude.

Cette conception ne fournit pas d'argument dans notre cas : nous avons déjà dit que le délit d'avortement était poursuivi isolément comme délit, sans qu'il soit besoin d'être réitéré ; il se prescrit donc comme un délit instantané. Mais nous pensons que cela ne saurait être un obstacle à ce que le fait prescrit serve à établir la circonstance d'habitude.

Cette question de délai reste à l'appréciation souveraine du tribunal, la loi n'ayant rien dit. Le juge exigera évidemment que les faits anciens ne soient pas séparés des faits actuels par un intervalle trop large : mais comme, d'autre part l'habitude est plus un état d'esprit, une tendance inhérente à la personnalité du délinquant qu'une répétition mathématique de faits

1. S. 1842.1.984.
2. Brun de Villeret, Mangin, Vidal et Magnol, Cuche, cités par Carpentier, *op. cit.*, V° *Prescription.*

de même nature dans un intervalle de temps donné ; il est préférable de laisser au juge une certaine souplesse dans la computation du délai plutôt que de lui imposer un délai rigide dans le cadre duquel pourrait se trouver un délinquant coupable, par exemple de deux avortements pratiqués tout à fait occasionnellement. Le juge n'aura donc pas seulement à calculer l'intervalle de temps qui sépare les délits, il tiendra compte des circonstances, de la personnalité des coupables. En cela encore, l'habitude ne se confond pas avec la simple réitération.

5° *Cas où le premier avortement n'a pas été commis sous l'empire du Code de la famille.* — Supposons que le prévenu ait à son actif deux avortements, dont un le premier a été commis avant la mise en vigueur du Code de la famille. Peut-on sans faire échec au principe de la non rétroactivité des lois, en faire état pour établir la circonstance d'habitude et appliquer les pénalités prévues à l'article 317-2° ou par la loi du 15 février 1942.

Certains auteurs, s'appuyant sur la qualité fondamentale de ce principe, ne pensent pas qu'on puisse y faire échec et appliquer la loi nouvelle dont un seul acte, le dernier, a été perpétré sous son empire. Dans ce sens, M. Roubier[1] nous dit que la loi nouvelle ne sera applicable qu'autant que tous les éléments constitutifs de l'infraction se trouveront réunis après sa promulgation.

M. Donnedieu de Vabres soutient qu'on subordonne l'applicatio de la loi nouvelle à la condition que les actes successifs postérieurs à sa promulgation suffisent à constituer l'habitude aux termes de la loi[2].

C'est également l'opinion de Garraud[3] qui dit « D'une manière générale, quand la loi crée un délit d'habitude, peuvent être retenus pour des poursuites fondées sur la loi nouvelle, soit l'état d'action ou d'inaction érigée en infraction, soit parmi les faits constitutifs de l'habitude désormais considérés comme délictueux, ceux qui sont postérieurs à cette promulgation ».

1. *D.C.* 1941, J. 78. Lebrun.
2. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 913.
3. Garraud, *op. cit.*, p. 132, n° 8.

Mais ici l'habitude n'est pas considérée comme un élément constitutif du délit d'avortement : comme nous l'avons vu c'est une circonstance aggravante, et c'est le *dernier fait*, se plaçant sous l'empire de la loi nouvelle qui implique et détermine l'existence de l'habitude. On pourrait objecter, comme on l'a fait, pour la circonstance aggravante récidive, que l'infraction nouvelle n'est aggravée qu'en considération des infractions antérieures. Mais le délinquant coupable d'avortements commis déjà avant 1939 est maintenant bien averti : il sait à quelles peines particulièrement sévères il s'expose s'il commet un nouvel avortement : l'existence du nouvel article 317-2° dans sa rigueur est bien apte à le détourner de réitérer.

La jurisprudence est dans le sens de l'application de la loi nouvelle au délit d'habitude. Il suffit que le dernier fait ait été perpétré sous son empire.

Après la promulgation de la loi de 1850 sur le délit d'usure, la Cour de cassation [1] a estimé que le dernier acte d'usure commis sous l'empire de la loi nouvelle suffisait à déclancher les poursuites pour le délit d'habitude d'usure, les autres faits étant antérieurs à la loi nouvelle.

En matière d'avortement, la Cour de Poitiers le 16 avril 1940 [2] admet que ce n'est pas faire échec au principe de rétroactivité que d'appliquer la loi nouvelle lorsque le deuxième fait (avortement) seul a été perpétré sous son empire : « Attendu qu'il est vrai que le deuxième fait seul a été perpétré sous la loi nouvelle qui a créé la dite circonstance aggravante mais que cela suffit pour que la circonstance caractérisée par l'habitude délictuelle résultant de la réitération des actes d'avortement, n'ait été consommé qu'à la suite du dernier acte, que la loi nouvelle est donc applicable sans faire échec au principe de non rétroactivité ».

6° *Contre qui ces actes doivent-ils être commis* ? — Il importe peu que le délit d'avortement ait été commis sur plusieurs victimes ou sur une seule. Répété sur la même victime, il n'en est pas moins caractéristique de la circonstance d'habitude. Les actes sont envisagés dans leur rapport avec l'auteur et

1. D. 1855.2.164.
2. *J.C.P.* 1941-1631.

non dans leur rapport avec celui ou avec ceux qui en sont les victimes.

La question de pluralité de victimes ou d'unité de victime a été controversée : la jurisprudence a décidé qu'une seule victime sur laquelle plusieurs actes sont été commis suffit à imprimer à ces actes le caractère de délit d'habitude.

Ainsi en a-t-elle jugé en matière d'excitation de mineure à la débauche et d'usure. En matière d'avortement la même solution s'impose. Peu importe l'identité de la victime, mais il faut que les faits d'avortement aient été pratiqués sur cette seule personne à l'occasion de grossesses différentes, sinon ces tentatives répétées à l'occasion de la même grossesse constitueraient un délit continué.

7° *L'habitude et l'autorité de la chose jugée.* — Si des faits antérieurs à un premier jugement et inconnus alors, viennent à être révélés et constituent l'habitude avec un fait nouveau poursuivi actuellement, sont-ils purgés du fait du premier jugement ou peut-on les prendre en considération sans faite échec à l'autorité de la chose jugée et à la règle *non bis in idem* de l'article 360 du Code d'instruction criminelle ?.

La plupart des auteurs, Faustin, Hélie, Garraud, Roux, Lacoste, Perreau[1] décident que le dernier fait constituant l'habitude ne donne lieu qu'à une seule poursuite et cette poursuite purge, pour le passé, tous les faits constituant l'habitude même s'ils n'ont pas été compris dans la première poursuite parce qu'ils étaient inconnus à ce moment là. Une poursuite ne serait donc possible que si le nouveaux faits étaient répétés avec une fréquence telle qu'ils constitueraient un délit d'habitude sans qu'il soit besoin de faire état des faits antérieurs à la première poursuite.

Il est bien certain que les faits antérieurs à la première poursuite inconnus lors de celle-ci ne sauraient à *eux seuls* donner lieu à une deuxième condamnation : en effet ces faits ne serviraient qu'à prouver l'habitude, ils n'ont pas été nécessaires dans la première poursuite à la condamnation de l'auteur, comme délinquant d'habitude, celle-ci a déjà été punie, elle ne saurait l'être une seconde fois à l'occasion des seuls faits

1. CARPENTIER, *op. cit.*, V° *Autorité de la chose jugée.*

purgés. Il y a un rapport d'indivisibilité entre ces faits[1]. « Les faits successifs constitutifs du délit d'habitude ne peuvent faire l'objet que d'une incrimination unique et la poursuite exercée comprend nécessairement tous les faits commis avant le moment où le tribunal saisi doit statuer ».

En conséquence, une poursuite nouvelle n'est pas possible, même pour des faits ignorés lors de la première poursuite, la sentence rendue ayant épuisé le droit d'action publique pour tout le temps qui s'est écoulé jusqu'au jugement ».

Mais ces faits antérieurs se joignant à des faits nouveaux, ne pourraient-ils pas, sans tourner la règle non *bis in idem*, être pris en considération dans la poursuite, les faits nouveaux de même nature prouvant bien la persistance de l'habitude ? Même si un seul acte manifeste l'état délictueux et que cet acte à lui seul ne puisse servir de base à la poursuite, il semble que la règle de l'article 360 n'empêche pas de joindre à cet acte les faits anciennement inconnus pour permettre de caractériser le délit d'habitude. Il serait facile, dans le cas contraire, au coupable, d'échaper à la justice : ainsi pour le délit d'excitation de mineurs à la débauche, un seul fait ne peut donner lieu à condamnation : il suffirait alors au coupable d'être poursuivi et acquitté après chaque fait pour échapper perpétuellement à la prison.

La Cour de cassation, le 20 octobre 1932[2] a cassé le jugement qui relaxe un individu poursuivi pour infraction à un arrêté d'expulsion pour le motif qu'il avait été antérieurement acquitté à raison d'un fait semblable : il s'agissait là d'un délit continu qui, comme le délit d'habitude, est un délit unique qui ne se prête pas à découpage.

Dès lors un individu, ayant commis plusieurs avortements inconnus lors d'une première poursuite pour avortement avec circonstance d'habitude, commet un nouvel avortement. Poursuivi, il peut être condamné puisque l'avortement à lui seul constitue une infraction. Mais peut-il encourir les peines de l'article 317-2° ? Il est bien évident que cet avorteur est un délinquant d'habitude et rien ne s'oppose pour établir la circonstance d'habitude à ce qu'on fasse état des avortements

1. Trib. corr., Dijon, 24 avril 1926, D. 1928.2.24.
2. S. 1935.1.83.

antérieurs à la première poursuite, que ces faits aient été connus ou non à ce moment-là. Si les actes antérieurs à la première poursuite étaient purgés, le fait nouveau serait poursuivi comme un délit instantané et on verrait cette solution curieuse : un individu déjà condamné comme avorteur d'habitude considéré par la justice à la suite d'un nouvel délit de même nature comme n'ayant pas l'habitude de commettre ces actes : la répression serait trop faible car on suppose bien entendu que la première condamnation est trop ancienne pour compter pour la récidive. Les faits antérieurs à la première condamnation ne peuvent évidemment pas compter si, comme lors de la première poursuite, ils ont donné lieu à acquittement pour non existence des faits reprochés ; le coupable pourrait alors invoquer l'exception de l'autorité de la chose jugée.

Nous concluons donc, dans l'intérêt de la répression à la prise en considération dans une deuxième poursuite, sauf l'exception indiquée, des faits antérieurs à la première poursuite lorsqu'un fait nouveau de même nature manifeste la tendance de l'agent à commettre le même acte répréhensible. Ceci parce que l'habitude est plus un état, une manifestation de moralité qu'une réitération d'actes.

On voit combien la création de cette circonstance aggravante d'habitude a contribué à augmenter le taux des peines principales en matière d'avortement et combien il est dangereux pour un individu coupable d'un premier avortement même non poursuivi, d'en commettre un autre qui risque d'être découvert et d'amener la révélation du premier pour le faire condamner comme délinquant professionnel.

La rigueur des pénalités arrêtera-t-elle les avorteurs professionnels ? Il semble que le législateur aurait eu un moyen plus simple de punir plus sévèrement l'avorteur habituel en écartant la régle du non-cumul des peines. Les résultats n'auraient pas été identiques, mais la répression aurait été aussi efficace. Le juge aurait eu ainsi un moins grand pouvoir d'appréciation dans le sens de l'indulgence ou de la sévérité qu'avec la circonstance d'habitude, dont la notion est assez floue et difficile à délimiter.

§ 5. — *Sursis.*

L'article 317-6° est ainsi conçu : « L'article 1er de la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines n'est pas applicale aux personnes condamnées en vertu des paragraphes 1, 2 et 5 du présent article ». Les peines principales prévues à l'article 317 et prononcées contre les tiers, les personnes qualifiées dans le paragraphe 4, le délinquant d'habitude, les personnes ayant contrevenu à l'interdiction d'exercer leur profession prononcée en vertu de l'article 317-4° ne peuvent être suspendues par l'application du sursis. Cette mesure n'existait pas en 1923, elle a été ajoutée par le Code de la Famille pour rendre la répression plus sévère.

Aux termes du décret-loi de 1939, il n'y avait donc que la femme qui s'était procuré ou avait tenté de se procurer l'avortement à elle-même ou avait fait usage de moyens à elle indiqués ou administrés qui bénéficiait du sursis. Le Code de la Famille n'avait donc pas aggravé les pénalités prévues par la loi de 1923 à l'égard de la femme qui interrompt sa grossesse et il n'avait pas supprimé le sursis comme il l'avait fait pour les avorteurs, estimant que la femme agit le plus souvent sous la pression de son entourage, ne se rendant pas bien compte de la gravité de l'acte qu'elle commet et que sa responsabilité est assez atténuée. Mais l'Etat nouveau n'en a pas jugé ainsi.

Dans une loi, d'une ordonnance assez héréroclite puisqu'elle vise les infractions les plus diverses, il a retiré au juge le droit d'accorder le sursis en matière d'avortement. La loi du 14 septembre 1941 portant modification à la loi du 26 mars 1891 est ainsi libellée [1].

L'article 1er de la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines est complété ainsi qu'il suit :

« Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux condamnations prononcées pour infractions à la législation en vigueur en matière de ravitaillement, de contrôle des prix, *d'avortement*, d'infanticide ni d'une manière générale aux individus condamnés pour toutes les infractions de nature à nuire à l'unité nationale, à l'Etat ou au peuple français ».

Le législateur a voulu évidemment éviter l'abus du sursis en

1. *J. off.*, 1er octobre 1941.

matière d'avortement par une disposition générale l'excluant. Mais il est à redouter que les procureurs ne soient incités à n'engager les poursuites contre des avorteurs qu'avec une circonspection exagérée, quand ils craindront qu'elles n'aboutissent à la condamnation de jeunes filles ayant agi sans discernement. Elle obligera le Ministère de la Justice à veiller avec plus de soin que jamais à ce que les parquets apportent toute leur énergie à la poursuite de l'avortement Il ne faut pas que les avorteurs échappent aux poursuites.

Cette loi n'est pas trop sévère, au contraire, quand le délit a été commis par des femmes mariées, de sang-froid, en pleine connaissance de cause.

§ 6. — *La récidive et les circonstances atténuantes.*

L'article 317-7° est ainsi conçu : « En outre et en cas d'infraction aux paragraphes 1er, 2 et 5 du présent article, si le prévenu est en état de récidive, les dispositions de l'article 463 du Code pénal ne seront pas applicables ».

Les circonstances atténuantes ne sont pas applicables aux récidivistes du délit d'avortement : les délits visés sont les mêmes que ceux qui motivent l'exclusion du sursis. La femme récidiviste ne se voit pas déclarer par la loi que les circonstances atténuantes lui sont inapplicables.

On s'est d'ailleurs demandé, devant l'imprécision de la loi si l'on devait exiger que les deux délits soient séparés par le délai de 5 ans ? S'agissait-il de la récidive relégation ou de la récidive du Code pénal.

Il semble que l'article 317-7° ne vise pas la récidive relégation qui fait l'objet de l'article 83 du Code de la famille qui ajoute à la loi de 1885 un cinquième cas de rélégation. Dès lors, ce n'est pas dans le délai de 10 ans que le coupable doit avoir accompli les actes objets de la poursuite.

Il s'agit donc de la récidive du Code pénal et de la loi Béranger — mais de quelle récidive ? La règle de l'article 317 est certainement applicable dans le cas de récidive prévu à l'article 58-2° ; c'est-à-dire lorsqu'il est intervenu un délai de cinq ans entre deux condamnations pour avortement.

Mais faut-il également faire état de la récidive prévue par les articles 57 et 58 : lorsque le prévenu poursuivi pour avorte-

ment a été condamné moins de 5 ans auparavant à plus d'un an de prison pour un crime ou délit autrement qualifié. M. Leloir [1] prétend qu'il faut en faire état : M. Legal [2] émet la même opinion. Il semble qu'il y ait là dérogation au droit commun.

L'intérêt de cette discussion est le suivant : un récidiviste poursuivi pour s'être livré habituellement à l'avortement sera condamné en combinant les deux circonstances aggravantes, récidive et habitude, à une peine d'emprisonnement pouvant aller de 10 ans jusqu'à 20 ans (le juge doit condamner au moins au maximum de la peine encourue pour la dernière infraction et au plus au double de ce maximum) et l'amende serait portée de 20.000 à 40.000 francs : et, les amendes étant affectées de décimes, de telles condamnations pécuniaires équivaudraient le plus souvent à la confiscation générale des biens car dans la plupart des cas elles seraient irrecouvrables. Donc pour la première poursuite pour avortement, on s'exposerait à ces peines énormes.

Il ne nous semble pas que le texte vise particulièrement la récidive spéciale. En effet, il dit d'une façon vague « l'état de récidive ».

En réunissant les paragraphes 1, 2 et 5 l'article 317 dans une même énumération à propos de la récidive, le législateur n'a sûrement pas voulu assimiler ces délits. La règle de la spécialité de la récidive ne s'oppose pas à ce qu'un individu déjà condamné en vertu de l'article 317-1° soit considéré comme récidiviste si dans les 5 ans de la première condamnation il a commis le délit de l'article 317-2°. Mais le délit du paragraphe 5 est différent. On ne peut pas dire raisonnablement que le médecin condamné en vertu du paragraphe 1er est en récidive le jour où il enfreint l'interdiction d'exercer sa profession, paragraphe 5. Il s'ensuit que si les délits des paragraphes 1 et 2 peuvent être assimilés, le délit du paragraphe 5 n'est pas de la même nature. Par conséquent le législateur a entendu déroger à la règle de la spécialité des délits en matière de récidive.

L'idée d'exclure l'application de l'article 463 en matière de récidive était une idée chère à Béranger : le juge a un autre

1. Leloir, *Le Code de la famille et le droit pénal*, D. 1941. Chr. III.
2. Legal, *loc. cit.*, 212.

moyen d'atténuer la peine sans faire jouer les circonstances atténuantes, c'est d'appliquer le minimum prévu pour le délit.

Le mérite des circonstances atténuantes c'est d'individualiser la peine. Il est vrai que la législation actuelle révèle une tendance à lutter contre la criminalité plus sur le terrain social que sur le terrain individuel.

Si la législation doit être plus dure, elle ne doit pas être rigide et empêcher d'assouplir les peines pour les adapter aux petits délinquants les moins corrompus. Il vaut mieux avoir recours à des circonstances d'aggravation plutôt que de renoncer aux circonstances atténuantes.

Les peines, sans les correctifs du sursis et des circonstances atténuantes ne sont plus individualisées. Il est vrai, que ces derniers temps, on a beaucoup abusé de l'octroi de circonstances atténuantes. Les magistrats les appliquaient sur les suggestions de la défense, dans quantité d'espèces : elles devenaient presqu'une clause de style et en matière de petite récidive précisément, faisaient échec à l'article 58 du Code pénal. Avec ce système, certains délits étaient presque toujours impunis. Les peines devenaient arbitraires, et non pas comme dans l'Ancien droit dans le sens de la sévérité, mais plutôt dans le sens de l'adoucissement. « Les juges, d'après Signorel [1], jouissent d'une omnipotence absolue. Ils ont le droit d'admettre les circonstances atténuantes quelle qu'inexcusable que soit l'infraction ». Et Signorel propose comme remède de faire aux juges une obligation de *motiver les circonstances atténuantes* ce qui les mettra bien souvent dans l'impossibilité de trouver des excuses à une infraction que nos mœurs trop faciles tendent de plus en plus à innocenter. Cette manière de voir, sans laisser trop de place à l'indulgence permettrait d'adapter la peine à l'individu, ce qui nous paraît nécessaire pour obtenir une répression souple et équitable.

§ 7. — *Correctionnalisation légale.*

Remarquons que le législateur de 1939, lorsqu'il a voulu aggraver la répression de l'avortement, n'a pas monté d'un

1. *Revue politique et parlementaire* 10 août 1915. « La répression de l'avortement », p. 227.

degré dans l'échelle des peines ; il n'a pas passé des peines correctionelles aux peines cirminelles : ceci pour que la Cour d'Assises ne retrouve pas sa compétence avec tous les inconvénients que cela comportait pour la lutte contre l'avortement dont les jurés n'apercevaient pas la gravité, morale et sociale : la correctionnalisation légale d'après M. Donnedieu de Vabres [1] vise le même but que la correctionnalisation judiciaire : soustraire à la Cour d'Assises l'examen des questions techniques qui échappent à l'entendement des jurés.

Pour ce faire, le législateur a préféré dépasser le maximum prévu par l'article 40 du Code d'instruction criminelle pour les peines correctionnelles : d'après cet article 40 l'emprisonnement correctionnel doit avoir une durée de 6 jours à 5 ans, sauf le cas de récidive ou autres cas où la loi aura déterminé d'autres limites.

Le décret-loi du 29 juillet 1939 frappe jusqu'à 10 ans d'emprisonnement correctionnel l'auteur des manœuvres abortives lorsqu'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes d'avortement.

Ce n'est pas la première fois que le législateur trouvait une peine correctionnelle trop faible pour réprimer un délit et, voulant lui maintenir la qualification de délit, n'a pas prononcé une peine criminelle mais a prolongé la durée de l'emprisonnement correctionnel. Ce moyen de correctionnalisation légale permet d'assouplir et d'individualiser la répression au même titre que la correctionnalisation judiciaire. Le décret-loi du 8 avril 1935 complétant les articles 405 et 408 du Code pénal est le précédent le plus important.

Cette technique présente bien des avantages, elle laisse la compétence à une juridiction permanente, plus simple que la Cour d'Assises, qui met plus de célérité dans la répression et économise bien des frais.

Les droits individuels se trouvent mieux protégés : la décision du tribunal correctionnel n'est pas souveraine, la voie de l'appel est ouverte au justiciable comme garantie des droits de l'individu et de la société ; de même le pourvoi en cassation contre un arrêt d'acquittement rendu par la Cour d'appel n'est plus poursuivi par le ministère public dans le seul intérêt de la

1. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, 1940, p. 31.

loi ; l'article 409 qui en décide ainsi dans les matières criminelles où l'acquittement de l'accusé est toujours définitif à son égard, se trouve écarté. Le prévenu, même acquitté par la Cour d'Appel, serait jugé à nouveau par la Cour d'appel de renvoi en cas de cassation de l'arrêt qui l'avait relaxé conformément à l'article 413 du Code d'instruction criminelle. Ce serait d'ailleurs tout profit pour la justice et la défense de la société.

D'ailleurs, 10 années d'emprisonnement correctionnel représentent une peine aussi sévère que 5 années de réclusion. Mais les peines criminelles sont toujours assorties de peines afflictives et infamantes et de certaines incapacités qui n'accompagnent pas généralement les peines correctionnelles. Une répression adéquate ne pouvait alors être assurée que par la prolongation de l'emprisonnement : ce procédé désarticule l'échelle des peines et conduit à des conséquences étranges, notamment au point de vue du cumul d'infraction quand la hiérarchie des peines est mise en œuvre ; bien que 10 années d'emprisonnement soient en fait plus dures que 5 années de réclusion, la loi considérera le contraire pour appliquer en cas de cumul, la peine la plus forte. D'après M. Donnedieu de Vabres[1], cette réforme entraînerait en fait la suppression de la Cour d'Assises « Un préjugé populaire, qu'appuient peut-être certains intérêts professionnels, fait vivre une juridiction décriée. Il a d'autres effets indirects dont on vient de donner un exemple. Il sème l'incohérence et l'arbitraire dans notre classification des infractions et des peines. Il imprime à notre justice pénale l'allure fâcheuse d'une juridiction d'expédient ».

Section II

Peines complémentaires

Cette mesure de correctionnalisation qui allongeait considérablement les peines a paru encore insuffisante au législateur. Déjà en 1923 il avait laissé attachée facultativement aux peines correctionnelles l'interdiction de séjour qui accompagnait autrefois la peine de réclusion.

En 1939, cette peine complémentaire subsiste et en outre le

1. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, 1940, p. 32.

décret-loi a apporté une réforme permettant d'appliquer la relégation aux délinquants d'habitude pour qui la peine correctionnelle applicable a déjà été considérablement allongée.

§ 1. — *Interdiction de séjour.*

C'est une peine complémentaire facultative attachée au délit d'avortement. L'alinéa 4 de l'article 317 (rédaction de 1923) a été conservé sans modification par la loi du 29 juillet 1939 ». Outre les peines mentionnées dans les trois paragrapnes qui précèdent, les tribunaux pourront prononcer pendant deux ans au moins et six ans au plus l'interdiction de séjour déterminée par la loi du 27 mai 1885.

Cet alinéa 4 devient le 8° alinéa de l'article 317 nouveau.

En 1923, cet alinéa renvoyait aux peines des trois derniers paragraphes, c'est-à-dire aux peines encourues pour le délit commis par les tiers, la femme, les personnes qualifiées. Depuis 1939 la rédaction étant par erreur inchangée, voyons quels sont devenus ces trois derniers paragraphes. Ce sont les alinéas 5, 6 et 7 de l'article 317. Or le paragraphe 5 s'occupe de la sanction des tiers qualifiés qui ont contrevenu à l'interdiction d'exercer leur professun : le 6e refuse l'application du sursis, le 7e le bénéfice des circonstances atténuantes aux récidivistes. Si l'on prenait à la lettre les termes de la loi, l'interdiction de séjour ne pourrait donc être prononcée que contre les tiers qualifiés contrevenant à l'interdiction d'exercer leur profession et contre les récidivistes. Par contre, elle ne serait jamais prononcée contre les tiers, la femme, les personnes qualifiées coupables du délit alors que ces derniers l'encourraient s'ils avaient exercé leur profession au mépris de l'interdiction. Il y a là une anomalie qui tient à une inadvertance de rédaction.

Le législateur a omis de remplacer les mots « dans les trois paragraphes qui précèdent » par ceux « dans les cinq premiers paragraphes de l'article 317 ». La prononciation facultative de cette peine est une bonne mesure en matière d'avortement ; elle est préventive de la récidive permettant à la police de surveiller les délinquants à l'expiration de leur peine principale.

Dans certains cas, elle remplace la rélégation, alors que l'individu relégable est une femme par exemple.

§ 2. — *Relégation.*

La relégation est une peine complémentaire d'une autre peine attachée à certains délits ou crimes énumérés par la loi ; elle doit être obligatoirement prononcée par le juge lorsque les conditions de la relégation prévues par la loi sont résumées.

Elle se purge après l'expiration de la dernière peine comme l'interdiction de séjour. C'est une mesure de police contre les libérés. M. Donnedieu de Vabres prétend que c'est plus une mesure de sûreté qu'une peine.

Les vieillards de 60 ans et les femmes ne sont pas relégables. Pour eux l'interdiction de séjour (20 années) remplace la relégation. Les mineurs ne sont pas relégables, ils sont envoyés dans une colonie pénitentiaire.

La relégation est une peine coloniale, sauf les restrictions apportées par la loi du 6 juillet 1942 qui a décidé, pour certains condamnés maintenus provisoirement en France, qu'ils purgeraient leur peine dans une maison centrale.

C'est une peine perpétuelle sauf la grâce, rehabilitation, libération conditionnelle, amnistie, révision de la condamnation ou prescription. Les relégués libérés sont soumis de plein droit à la peine de l'interdiction de séjour.

La relégation est une mesure d'élimination destinée à débarrasser la société de délinquants incorrigibles. Elle vise les récidivistes, les individus dangereux, les professionnels de la criminalité, qu'elle veut éloigner de la métropole.

La loi du 27 mai 1885 qui l'institue, avait prévu quatre cas légaux de relégation, la gravité des condamnations devant être encourues pour être relégable étant en raison inverse du nombre de condamnations exigé.

Le décret-loi de 1939 ajoute un 5e alinéa à l'article 4 de la loi du 27 mai 1885. Cet alinéa forme l'article 83 du Code de la famille. *Article* 83. — L'article 4 de la loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes est complété comme suit :

« 5° — Deux condamnations à deux ans au moins d'emprisonnement en vertu de l'article 317, paragraphe 1er, du Code pénal, ou une condamnation à trois ans au moins d'emprisonnement en vertu du paragraphe 2 du même article.

A. — *Premier cas de relégation du Code de la famille.*

On remarque que la relégation est encourue en cas de récidive, lorsque le coupable a été condamné deux fois à deux ans de prison en vertu du paragraphe 1er du Code pénal, c'est une récidive absolument spéciale, la loi ne vise que le délit de l'article 317-1° et non pas les délits assimilés. La loi n'exige, pour que la relégation soit encourue, que deux condamnations pour *délit* : or, quand la loi du 27 mai 1885 n'exigeait que deux condamnations pour la relégation, elles devaient être des condamnations pour faits très graves, pour *crimes*. Il est vrai que les condamnations nécessaires, d'après le Code de la famille, doivent être assez graves : deux ans au moins de prison. Suivant la règle générale, elles doivent avoir été prononcées dans le délai de 10 ans. Ce premier cas de relégation est très juridique, il s'agit bien d'un récidiviste et il trouve normalement sa place dans la loi de 1885. On peut reprocher à ce cas d'être assez rigide : il arrive en effet que la deuxième infraction soit assez grave pour mériter plus de deux ans de prison et trop bénigne pour la peine de la relégation qui dans l'esprit de la loi frappe de véritables forbans ou des délinquants incorrigibles. Dès lors, le juge qui voudra éviter au délinquant la peine trop rigoureuse et imméritée de la relégation, devra le punir d'une peine inférieure à 2 ans de prison pour le deuxième avortement, dans un cas où il aurait été pourtant nécessaire de lui appliquer une plus longue peine de prison.

Pour pallier à cet inconvénient et donner à la loi plus de souplesse, M. Lebret [1] propose de rendre la peine de relégation facultative comme dans certaines législations étrangères. Il estime profondément désirable que le délinquant, lors de sa première condamnation à deux ans de prison, soit averti par le tribunal qu'une deuxième condamnation du même genre entraînerait pour lui la peine de la relégation. Il demande un avertissement analogue à celui que le juge donne à la suite d'une condamnation avec sursis. Pour la peine de la relégation, on laisse à l'avocat le soin de prévenir son client, mais c'est là un avertissement officieux qui risque bien souvent d'être oublié.

1. *J.C.P.* 1941, p. 229.

L'avertissement formulé par le tribunal aurait la valeur d'une mesure préventive dans l'esprit du délinquant, qui sachant formellement à quoi il s'expose en récidivant, serait plus enclin à s'abstenir.

B. — *Deuxième cas de relégation de l'article* 83.

Une deuxième situation est prévue par l'article 83 : est relégable aux termes de cet article, tout individu condamné à trois ans au moins d'emprisonnement en vertu de l'article 317-2°.

La loi de 1885 est une loi sur les récidivistes, d'ailleurs l'article 83 nous dit : « L'article 4 de la loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes... ».

N'y a-t-il pas alors une anomalie juridique dans la rédaction finale de l'article 83 qui n'exige pas que l'individu relégable soit un récidiviste au sens légal du terme. Une condamnation antérieure à la condamnation à trois ans d'emprisonnement n'est pas exigée. La relégation sera désormais applicable aux délinquants primaires : c'est introduire une réforme très grave dans la loi de 1885 qui ne visait que les récidivistes. Il est vrai que la condamnation primaire doit avoir été encourue en vertu de l'article 317-2° qui vise le délinquant d'habitude. La loi assimile donc, au point de vue de l'application de la relégation, les avorteurs habituels aux récidivistes.

Cependant le délit d'habitude est légalement un délit primaire, même dans le cas d'avortement où un seul fait est nécessaire pour entraîner la répression ; il n'y a même pas là, avons-nous vu, une simple réitération, l'habitude étant en la matière, une tendance qui n'est pas réglementée par la loi, mais laissée à l'appréciation du juge. Si le coupable n'est pas déjà titulaire d'une condamnation antérieure pour délits spécifiés visés à la loi de 1885, ni pour délit d'avortement, poursuivi pour avortement habituel il ne saurait être considéré comme récidiviste.

La législateur a associé deux notions juridiques fort différentes : l'habitude et la récidive et puisqu'il s'agit d'avortement donc d'une infraction punissable dès le premier fait commis, on peut dire qu'il a confondu le cumul d'infraction et la récidive pour arriver toujours en la matière à une répression

plus efficace parce que plus sévère La loi aurait atteint le même résultat en indiquant simplement à la suite de l'article 317-2°, qu'un tel individu coupable d'avortement habituel et condamné à plus de trois ans de prison serait relégué ; sans introduire dans la loi visant les récidivistes un paragraphe concernant le délinquant primaire, ce qui ne manquera pas de soulever de nombreuses controverses et d'amener des pourvois en cassation.

La Cour suprême, le 23 octobre 1942[1] a confirmé une décision prononçant la peine de la relégation suivant la loi de 1885, modifiée en 1939, contre l'individu ayant été condamné à la peine principale de trois ans d'emprisonnement en application de l'article 317-2° : « Attendu que pour motiver l'application de cette peine accessoire, le même arrêt énonce que la peine principale supérieure à trois ans de prison entraîne la relégation en vertu de l'article 4, paragraphe 5 de la loi de 1885 modifiée en 1939. Attendu qu'en cet état, la Cour d'Appel était fondée à statuer come elle l'a fait. En effet, aux termes de l'article 4-5° sont relégués les individus ayant encouru une condamnation de trois ans au moins de prison par application de 317-2°, ce qui *exclut la nécessité d'une condamnation antérieure* ».

La Chambre Criminelle a donc admis que la loi de 1885 ne visait plus les seuls récidivistes, rejetant le moyen du pourvoi qui déclarait que « R..., n'ayant encouru dans la période décennale antérieure aucune des condamnations prévues par le texte, ne pouvait encourir la peine de la relégation ».

La loi de 1885 alinéa 1er spécifie que les condamnations emportant relégation doivent avoir été prononcées dans un intervalle de 10 ans. Dans ce cas de condamnation unique, quel est le point de départ de ce délai de 10 ans. De plus, il ne peut pas être question de l'ordre des condamnations ?

Le législateur de 1939 a voulu compléter la loi de 1885 sans en modifier un terme. Aussi l'article 83 est-il très mal rédigé.

D'après M. Lebret[2] ce cas de relégation n'a pas un caractère juridique mais c'est un cas à caractère nettement criminologique très souple « laissant au juge l'appréciation des circonstances, des individus, des données concrètes et complexes de la cri-

1. *J.C.P.* 1942-2064, note de M. Nast.
2. Lebret, *J.C.P.* 1942, p. 229.

minalité ». On se rapproche de la notion criminologique de la récidive de certaines législations étrangères, qui voient un récidiviste où il n'y a qu'un criminel d'habitude ou professionnel : tels sont les Codes Pénaux norvégien de 1932, italien de 1930, danois de 1933, la loi allemande du 24 novembre 1932, le Code Pénal suisse de 1938 qui donnent au juge la possibilité de déclarer récidiviste un délinquant habituel ou au contraire d'exclure la récidive, sauf s'il s'agit d'infraction de même nature, dans certains cas.

Pratiquement, en droit français, le juge aura un moyen simple d'écarter la relégation attachée à une seule condamnation, dans les cas où il trouve cette peine excessive : il prononcera les circonstances atténuantes et descendra au-dessous de 3 ans. Le plus souvent, il s'abstiendra de faire reléguer un individu qui n'a pas reçu d'avertissement judiciaire préalable à moins que les avortements trop souvent répétés ne revèlent un délinquant vraiment dangereux et incorrigible. Là encore, nous allons à l'encontre de la répression exemplaire, car il est possible que le délinquant ne mérite pas la relégation, mais mérite plus de 3 ans de prison : si la relégation n'avait pas dû être automatiquement prononcée, le juge aurait pu infliger entre 5 et 10 ans de prison.

En voulant introduire dans notre droit une notion plus souple de la récidive qui est loin d'être juridique, on n'a même pas eu le mérite de renforcer la répression puisque pratiquement cet excès de sévérité oblige le juge a adoucir les peines en se fixant un maximum de 3 ans. Il aurait été plus conforme à l'esprit de notre Code Pénal de parler de cumul d'infraction en matière d'avortement habituel, d'écarter la règle du non cumul des peines et d'attacher, dans certains cas, aux condamnations prononcées la peine de la relégarion suivant le nombre d'infractions, leur gravité. Le texte est très imparfait, on a voulu introduire dans la matière de l'avortement, la peine de relégation parce qu'on considérait que l'avortement touchait à l'ordre public, il fallait donc joindre aux peines principales une mesure d'élimination dans un but de défense sociale mais on a réalisé cette réforme sans méthode.

Section III

Incapacités d'ordre professionnel

Le décret-loi de 1939, pour renforcer la répression, a ajouté à certaines peines principales encourues pour certains délits qu'il vise des sanctions accessoires : la suspension temporaire ou l'incapacité d'exercer une profession spéciale aux personnes limitativement énumérées au paragraphe 4 de l'article 317, et l'interdiction d'exercer aucune fonction, de remplir aucun emploi dans les cliniques ou maisons d'accouchement qui est une interdiction générale.

§ 1. — *Incapacité de l'article* 317-4°.

1° *Système de* 1923. — En 1923, la suspension temporaire ou l'incapacité absolue de l'exercice de la profession pouvait être prononcée facultativement contre les coupables conformément aux articles 25 et 26 de la loi du 30 novembre 1892. Ces articles visent les médecins, sages-femmes, chirurgiens, dentistes auquel l'article 317 assimile les pharmaciens, herboristes et les aspirants aux diplômes de ces deux professions. S'il s'agit de personnes visées à l'article 317-3°, l'incapacité ne pouvait être prononcée qu'autant que la profession nécessite des diplômes ainsi qu'il en résultait des paragraphes 25 et 26 de la loi de 1892. Donc le paragraphe 3 *in fine* ne s'appliquait ni aux bandagistes, ni aux marchands d'instruments de chirurgie. Pour les aspirants, aux diplômes de docteur en médecine, d'officier de santé, de chirurgien-dentiste, de sage-femme, pharmacien, herboriste, il appartenait en outre au Conseil Académique, sauf recours au Conseil Supérieur de l'Instruction publique, de prononcer l'exclusion des établissements d'enseignement dans les conditions prévues par la loi du 27 février 1880. Cette sanction iniversitaire et disciplinaire ne saurait en effet être prononcée par les tribunaux.

L'incapacité d'exercer la profession était une peine facultative.

L'article 317-4° (nouveau) édicte la même incapacité d'exercice de la profession à l'encontre des personnes qualifiées au dit article.

2° *Personnes frappées de l'incapacité par la loi nouvelle.* — Cette incapacité frappe les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants en médecine en pharmacie, herboristes, bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, infirmières, masseuses. Cette sanction n'est donc pas réservée aux seules professions subordonnées à l'obtention d'un diplôme, comme en 1923. La loi nouvelle englobe dans le champ de la répression toutes les professions énumérées à l'article 317-4°. La loi ne se réfère plus à la loi de 1892 qui donnait une énumération étroite et limitative des professions réglementées, donc frappées de l'incapacité.

L'application de cette peine n'est d'ailleurs pas subordonnée à la circonstance que le coupable ait agi dans l'exercice de ces fonctions ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Ainsi en a décidé la Cour de Cassation le 8 juillet 1942[1]. Un préparateur en pharmacie, le sieur G..., avait été condamné par la Cour d'Appel de Rouen à une peine de prison et d'amende et à la suspension temporaire de l'exercice de ses fonctions. Il se pourvoit en cassation le 4 février 1941, se fondant sur la violation de l'article 317-4°, en ce que l'arrêt de la Cour d'Appel avait prononcé contre lui, inculpé d'avortement, la suspension pendant 5 ans de l'exercice de ses fonctions de préparateur en pharmacie, alors qu'il est constant qu'il avait agi non en sa qualité professionnelle mais d'une manière toute gratuite et occasionnelle. La Cour de cassation maintient la suspension déclarant que la Cour d'appel avait fait une exacte application de la loi : « l'article 317-4° ne subordonne pas l'application de la peine accessoire qu'il édicte à la circonstance que les faits délictueux qu'il réprime aient été commis à titre onéreux, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions énumérées ». Cette solution est conforme au but poursuivi par la loi qui a voulu édicter des sanctions particulièrement sévères à l'encontre des professionnels qui sont plus aptes et plus exposés à commettre des avortements aussi bien parmi leur clientèle, à titre onéreux, que dans leur famille, parmi leurs amis à titre gratuit, sous les mobiles injustifiés de rendre service.

1. *Gaz. Pal.*, 1942, 13 octobre.

3° *L'incapacité est une peine obligatoire.* — La suspension temporaire ou l'incapacité absolue ne sont plus des peines facultatives comme en 1923. Mais elles doivent être *obligatoirement* prononcées par le tribunal contre les coupables. Le juge n'a que le choix entre la suspension de 5 ans et l'incapacité absolue. Le décret-loi de 1939 a du modifier l'article 25 de la loi du 30 novembre 1892 qui rangeait l'interdiction d'exercice de la profession par application de l'article 317 dans le cas d'interdiction facultative. Depuis la réforme effectuée par l'article 88 du Code de la Famille, le paragraphe 2 de l'article 25 ne fait plus mention de l'article 317. Si cette modification n'avait pas été faite, on aurait eu deux textes édictant pour le même délit deux incapacités l'une facultative, l'autre obligatoire.

L'exclusion des établissements d'enseignement supérieur subsiste avec son caractère facultatif pour les étudiants en médecine, officier de santé, chirurgien-dentiste, sage-femme. Sur ce point, on doit se référer à la loi de 1892, article 25 *in fine* qui vise les personnes précitées condamnées en vertu de l'article 317. En cas de condamnation prononcée à l'étranger pour délit de l'article 317, le coupable pourra également être frappé par les tribunaux français de suspension temporaire ou d'incapacité absolue d'exercer sa profession en vertu du même article 25-3° rapporté par l'article 88 du Code de la Famille. Ici encore l'incapacité se présente comme une peine facultative laissée à l'appréciation du juge français.

4° *Point de départ de l'interdiction.* — L'interdiction de la profession suppose évidemment que le condamné a la liberté d'agir : le jour où il ne doit plus exercer sa profession, n'est donc pas celui où la condamnation est devenue définitive mais le jour où il est libéré c'est-à-dire quand il a purgé sa peine d'emprisonnement. La question s'est présentée pour la première fois devant la Cour de Cassation [1] le 7 décembre 1933. Une sage-femme, la Vve D..., se pourvoit en cassation contre une décision de la Cour d'Appel d'Amiens qui l'avait condamnée à la suspension de l'exercice de sa profession pendant 5 années *à partir de sa libération.* La Cour rejette le pourvoi

1. D.H. 1934-23.

« Attendu que l'interdiction d'exercer une profession suppose la liberté d'agir appartenant au condamné : qu'elle ne peut dès lors, être réellement subie au cours d'une peine privative de liberté : que c'est donc à bon droit que la Cour d'Appel en condamnant la sage-femme à 15 mois de prison et à 5 ans de suspension de sa profession de sage-femme pour avortement, a *fixée le point de départ de cette interdiction au jour de sa libération.*

5° *Sanction de l'interdiction.* — L'article 317 nouveau ne se référant plus à la loi du 30 novembre 1892, la sanction de l'infraction à cette interdiction n'est plus celle indiquée par l'article 26 de la dite loi. La contravention n'est plus considérée comme un fait d'exercice illégal d'une profession médicale qui le plus souvent, était puni d'une amende lorsqu'il ne s'accompagnait pas d'usurpation de titre : l'emprisonnement était applicable en cas de récidive.

Aujourd'hui la sanction est prévue par le paragraphe 5 de l'article 317 : « Quiconque contrevient à l'interdiction d'exercer sa profession prononcée en vertu du paragraphe précédent sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de 2 ans au plus et d'une amende de mille au moins à dix mille francs au plus ou de l'une de ces deux peines seulement ».

La peine est donc une peine de prison assez élevée et une amende ou l'une de ces deux peines.

Le sursis n'est pas applicable au coupable de cette infraction : il ne bénéficie pas de circonstances atténuantes, s'il est en état de récidive.

6° *Sanctions se cumulant avec l'interdiction.* — La condamnation à l'interdiction d'exercer sa profession prononcée en vertu de l'article 317, s'assortit d'une sanction supplémentaire d'ordre disciplinaire instaurée par la loi du 7 octobre 1940 qui crée le Conseil de l'Ordre des médecins. L'article 13 de cette loi autorise les Conseils départementaux à infliger aux membres de la profession inscrits au tableau des pénalités diverses. Au nombre de ces pénalités, le Conseil peut prononcer la suspension temporaire d'un an ou l'interdiction à vie d'exercer la profession de médecin. La pratique de l'avortement étant une faute professionnelle très grave, entraîne presque toujours

ces deux dernières mesures et la radiation du tableau. L'article 15 indique d'ailleurs que la sanction disciplinaire ne saurait mettre obstacle à l'action et aux condamnations répressives.

La condamnation à l'incapacité d'exercer la profession prononcée par application de l'article 317-4° emporte une autre sanction ; l'interdiction d'exercer aucune fonction et de remplir aucun emploi dans les cliniques d'accouchement et tous établissements privés recevant habituellement des femmes enceintes que nous allons étudier.

§ 2. — *Interdiction d'emploi dans une maison d'accouchement. Incapacité d'exercer certaines fonctions.*

Cette incapacité est prévue par l'article 84 du Code de la famille : « Toute condamnation correctionnelle pour délits prévus par les articoes 317 et 334 du Code pénal et par la loi du 31 juillet 1920, comporte, de plein droit, l'interdiction d'exercer aucune fonction, et de remplir aucun emploi, à quelque titre que ce soit, dans les cliniques d'accouchement, maison d'accouchement et tous établissements privés recevant habituellement à titre onéreux ou gratuit et en nombre quelconque des femmes, en état réel, apparent, ou présumé de grossesse.

« Toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions ci-dessus spécifiées entraînera la même incapacité ».

1° *Généralité de l'interdiction d'emploi.* — L'interdiction d'emploi n'a pas besoin d'être prononcée par le tribunal comme l'incapacité d'exercice de la profession des personnes de l'article 317-4°. Elle est encourue de plein droit. C'est une incapacité légale ; du moment que les conditions légales sont réunies ; condamnation correctionnelle pour les délits énumérés, elle est applicable d'office. Le coupable échappe à cette sanction lorsque par le jeu des circonstances atténuantes, il se voit infliger une peine de simple police.

Cette interdiction concerne toute personnes condamnée en vertu de l'article 317 qu'elle ait procuré ou seulement tenté de procurer l'avortement, qu'elle soit auteur principal, coauteur ou seulement complice : elle vise le tiers, la femme coupable de la pratique d'avortement, le tiers qualifié cou-

pable de ce même délit ou ayant contrevenu à l'interdiction d'exercice de leur profession : pour les professionnels cette incapacité générale se cumule avec l'incapacité spéciale d'exercice de leur profession.

L'interdiction d'emploi dans une maison d'accouchement s'ajoute encore aux peines prévues pour les délits de l'article 334 (excitation de mineurs à la débauche, traite des blanches) et de la loi de 1920 (21 juillet), qui, comme nous le verrons plus loin, vise la provocation à l'avortement et la propagande anti-conceptionnelle.

D'après M. Legal [1], « dans la réglementation de l'interdiction, les auteurs du décret se sont visiblement inspirés de la loi du 19 juin 1930 sur la profession de banquier qui avait créé une incapacité analogue concernant l'exercice de cette profession et qui a été le prototype des dispositions du même genre relatives à d'autres activités professionnelles (celle de directeur d'entreprise d'assurance, d'intermédiaire dans la vente de fonds de commerce : lois du 19 février 1931, du 29 juin 1935, d'administration de société : décret-loi du 8 août 1935) ».

Cette incapacité d'emploi intervient quelle que soit la profession antérieure de la personne condamnée ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait exercé des professions énumérées à l'article 317-4°, comme pour le prononcé de l'incapacité d'exercice de la profession.

Cette interdiction est générale quant à son étendue. Les personnes qui l'encourent ne peuvent prendre aucun emploi dans les cliniques ou maisons d'accouchement ou établissement privé à quelque titre que ce soit : elle ne peut entrer ni dans le personnel médical, ni dans le personnel administratif ; elle ne peut pas obtenir davantage d'emploi de domestique, gens de service, infirmier, chauffeur, etc... Un médecin ne peut donc pas prétendre à un emploi subalterne. Le coupable ne peut être employé ni à titre gratuit, ni à titre onéreux, ni temporairement, ni occasionnellement, ni à un contrat de travail à durée limitée.

La déchéance a un caractère perpétuel. Ainsi dans ce cas où elle se cumule avec l'interdiction particulière aux spécialistes de l'art médical d'exercer leur profession, dans le cas par

1. M. LEGAL, *loc. cit.*, *J.C.P.* 1940-212.

exemple où cette interdiction n'est qu'une suspension temporaire, à l'expiration de cette peine, les professionnels pourront pratiquer à nouveau des accouchements au domicile de leurs clients mais ne pourront y procéder, ni obtenir aucun emploi dans une clinique d'accouchement ou un établissement approprié.

Les établissements visés à l'article 84 sont tous ceux destinés à recevoir des femmes en état de grossesse réelle ou apparente : il n'est pas question de l'importance de l'établissement, du nombre de ses pensionnaires : il faut seulement que la maison ou clinique ait l'habitude de recevoir des femmes enceintes et qu'il ne s'agisse pas d'un accueil accidentel.

L'incapacité d'emploi n'est pas seulement attachée à une condamnation prononcée par les tribunaux français. En effet, aux termes de l'article 84 du Code de la famille : « En cas de condamnation prononcée par une juridiction-étrangère et passée en force de chose jugée pour une infraction constituant, d'après la loi française, un des délits spécifiés à l'article précédant, le tribunal correctionnel du domicile du condamné déclare, à la requête du Ministère Public, l'intéressé dûment appelé en la Chambre du Conseil, qu'il y a lieu à l'application de la susdite interdiction ».

Elle peut donc être jointe à une condamnation prononcée par une juridiction étrangère pour un des délits visés aux articles 317,334, à la loi du 31 juillet 1920. Mais elle n'y est pas attachée de plein droit. Il faut une décision spéciale rendue par le tribunal correctionnel du domicile du condamné, sur la requête du Ministère Public. Cette décision dira s'il y a lieu à l'application de l'interdiction d'emploi accessoirement à la condamnation prononcée à l'étranger. Celle-ci doit être une condamnation définitive passée en force de chose jugée, insusceptible de voies de recours et prononcée pour une infraction semblable à celles qui en France entraînent de plein droit la même interdiction. Le tribunal n'a à considérer ni la peine prononcée, ni la peine encourue mais seulement la nature des faits pour lesquels le coupable a été condamné : en fait, il y aura des difficultés assez sérieuses pour établir la concordance entre les incriminations de la loi étrangère et celles de la loi française. Les débats contradictoires avec le condamné permettent de vérifier si toutes ces conditions sont réunies. Le tribunal

correctionnel français doit également examiner si la décision émane d'une juridiction étrangère compétente dans sa propre législation. Toutes ces vérifications expliquent que le condamné soit appelé en Chambre du Conseil. Mais nous dit M. Legal [1] le tribunal ne saurait aller au delà de cet examen de régularité extrinsèque, les termes de la loi ne paraissent pas l'autoriser à se livrer à une révision, quant au fond, à procéder à un nouvel examen des faits, pour en contrôler l'existence ; il doit les prendre tels qu'ils sont constatés par le juge étranger. Tout au plus y aurait-il lieu de réserver le cas d'une erreur incidente ».

La condamnation étrangère étant conforme aux prescriptions de l'article 85, le tribunal français prononce obligatoirement l'interdiction d'emploi : il ne peut en dispenser la personne régulièrement condamnée pour les délits spécifiés : même si la loi étrangère donnait au juge la faculté de prononcer ou non une interdiction identique à celle de notre article 84 et si le coupable en avait été, dans son pays, dispensé, le tribunal français est obligatoirement tenu de la prononcer.

Cette mesure s'applique aux étrangers aussi bien qu'aux Français condamnés à l'étranger.

La considération de la sentence pénale étrangère avait déjà été prévue par l'article 25 de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine à l'occasion de la suspension temporaire ou l'incapacité absolue de l'exercice de sa profession pour le praticien coupable de manœuvres abortives. Mais elle était prononcée facultativement alors même que les conditions requises par la loi étaient réunies.

D'après M. Légal, l'interdiction de l'article 85 comme celle de l'article 84 s'inspire de la loi sur les banquiers déjà citée qui confère à l'interdiction d'exercice de cette profession un caractère obligatoire.

Donc si l'interdiction d'emploi attachée à une condamnation étrangère n'a pas le caractère d'automatisme de celle attachée à une condamnation française et ce pour des besoins de contrôle, elle n'en a pas moins le même caractère obligatoire.

Mais comment le Ministère Public connaîtra-t-il la condamnation prononcée à l'étranger ? Cela suppose toute une orga-

1. Legal, *loc. cit.*, p. 212.

nisation internationale d'échange de renseignements judiciaires assez difficile à réaliser. Souvent, ce sera d'une façon tout à fait incidente que les parquets seront renseignés puisqu'ils n'ont pas l'obligation de vérifier le casier judiciaire d'origine des étrangers venant en France et celui des Français revenant de l'étranger.

D'après M. Roux[1] « le règlement d'administration public intervenu par application des dispositions de l'article 93-2° du Code de la Famille devrait imposer la production du casier judiciaire du personnel des maisons visées à l'article 84. Il faudrait modifier en conséquence la loi du 5 août 1899 et obtenir également, par des conventions diplomatiques, la production des casiers judiciaires, voire des décisions judiciaires elles-mêmes ou des procédures. Le casier judiciaire ainsi produit serait, au cas de condamnation à l'étranger, soumis à l'examen du parquet qui saisirait, le cas échéant, la chambre du Conseil du tribunal correctionnel ».

2° *Nature de l'interdiction.* — Est-ce une peine ou une mesure de sûreté constituant une mesure de précaution, de défense sociale ?

La même question s'était posée en jurisprudence pour l'incapacité d'exercer la profession de banquier à laquelle nous avons déjà comparé l'interdiction d'emploi. La Cour de cassation avait opté pour une mesure de sûreté[2].

Il est vrai que certaines dispositions de la loi du 19 juin 1930 relative à l'introduction de l'incapacité d'exercer la profession de banquier en Alsace-Lorraine fournissait en ce sens un puissant argument d'analogie.

Le texte du Code de la Famille nous paraît comporter la même interprétation ; l'interdiction d'emploi est plutôt prévue pour empêcher les coupables d'exercer dans un champ spécialisé et fertile en tentations leur activité malfaisante, que pour leur infliger une peine complémentaire de privation de ressources ou de déshonneur qui résultent déjà suffisamment de la peine principale.

L'intérêt de ce choix apparaît en ce qui concerne le principe

1. Roux, *Lois nouvelles, loc. cit.*, p. 110.
2. S. 1932.2.17, *J.C.P.* 1940-1541.

de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère : si l'on est en présence d'une sanction accessoire, ce principe s'applique, la loi créant une nouvelle pénalité, les délinquants qui auront commis l'infraction avant le décret-loi du 29 juillet 1939 et qui seront jugés après cette date, échappent à cette déchéance.

Au contraire, si on considère l'interdiction comme une mesure de sûreté, aucune règle du droit pénal ne s'oppose à son application immédiate.

3° *Sanction de cette interdiction.* — D'après l'article 86 du Code de la famille : « Quiconque contrevient à l'interdiction prononcée par les deux articles précédents sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus et d'une amende de 1.000 francs au moins et de 10.000 fr. au plus, ou de l'une de ces deux peines seulement.

On remarque que les sanctions à la contravention de l'interdiction d'emploi dans une maison d'accouchement sont les mêmes que celles prononcées pour la contravention à l'interdiction d'exercer sa profession par les spécialistes.

La seule différence est que pour la contravention à l'interdiction d'emploi, le sursis est applicable et les circonstances atténuantes ne sont pas exclues au cas de récidive.

Section IV

L'internement administratif

Par une loi postérieure au Code de la Famille, une mesure de sûreté a été créée contre les avorteurs. La loi du 15 février 1942 dans son article 1er indique les modalités d'application de cette mesure.

La circulaire du 17 mars 1942 adressée au préfet souligne l'importance de cette mesure pour la lutte contre l'avortement.

Cette mesure s'applique aux individus contre lesquels il existe des présomptions graves précises et concordantes, nous nous sommes expliqué sur ces termes à propos de la compétence du tribunal d'Etat : celui-ci avait un contrôle sur les présomptions ; alors que l'individu est interné sans qu'aucun organisme judiciaire puisse apprécier si les présomptions sont

graves, précises, concordantes. Pratiquement est l'objet d'internement administratif, un individu contre lequel les charges sont certaines et convaincantes : il suffirait qu'il nie les faits d'avortement avec assez de vraisemblance pour que l'on soit obligé à une enquête et une procédure judiciaire plus complète que celle qui précède l'internement administratif et qui amènerait le renvoi de l'affaire devant le tribunal compétent.

Les individus, objet de cette mesure doivent avoir pratiqué ou tenté de pratiquer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, d'une manière habituelle ou dans un but lucratif. De même que le tribunal d'Etat ne peut pas juger les femmes coupables ou victime volontaires de ces pratiques, de même elles ne peuvent être soumises à l'internement. Les individus pouvant être internés sont les mêmes que ceux pouvant être déférés au tribunal d'Etat.

Ces individus sont donc susceptibles soit d'être l'objet d'internement, soit d'être déférés aux tribunaux judiciaires, tribunal d'Etat ou tribunal correctionnel ? La loi n'indique pas d'une façon précise quand ils seront internés. Cette lacune laisse un grand pouvoir d'appréciation aux autorités chargées d'appliquer l'internement administratif. Pratiquement on internera les avorteurs particulièrement dangereux pour l'ordre public.

D'une manière générale, la loi du 15 février 1942 se réfère au décret du 8 novembre 1939 et à la loi du 3 septembre 1940 qui visent l'internement pour les individus dangereux. Une note officielle du gouvernement, le 3 octobre 1940, laisse prévoir que cette mesure vise surtout les personnes jugées dangereuses pour l'ordre public interne.

Les individus, objets de cette mesure, sont internés dans un établissement spécialement désigné. La décision d'internement est prise par le Secrétaire d'Etat à l'intérieur sur proposition du secrétaire d'Etat à la Famille et à la Santé ou par le Préfet agissant conformément aux instructions du gouvernement. Mais ce sont surtout les préfets qui ont à jouer dans l'application de la loi un rôle primordial. C'est, plus localement que dans l'administration centrale, que les mesures peuvent être prises, parce que c'est localement que les faits sont connus et que les enquêtes peuvent aboutir.

La décision est prononcée à la suite d'une enquête dont la procédure est fixée par le Secrétaire d'Etat ou le préfet.

Cette mesure est une mesure provisoire, nécessitée par la crise actuelle.

Aucune limite n'est prévue, ni minimum, ni maximum, quant à la durée de l'internement. C'est une sorte de sentence indéterminée prononcée par des autorités administratives.

On discute beaucoup sur la nature de cette mesure. Est-ce une peine ? une mesure de sûreté ou une mesure administrative ?

Le gouvernement, dans la note officielle citée plus haut, expliquait qu'il s'agissait d'une mesure de défense sociale.

La loi du 3 septembre 1940 en fait plus une mesure de sûreté qu'une peine car il n'est pas nécessaire que l'individu ait été au préalable condamné. La circulaire du 17 mars 1942, indique que la répression de l'avortement est portée sur le terrain de la police administrative, serait-ce là une mesure purement administrative ? Il est trop tôt pour conclure.

Le régime de l'internement est très sévère, l'interné ne peut quitter le lieu où il est astreint à résider sans autorisation : il ne doit pas davantage rejoindre celui-ci à l'expiration d'une autorisation d'absence régulière. La sanction de ces interdictions, est indiquée à l'article 1er de la loi du 10 août 1942 qui réprime l'évasion des internés administratifs et la complicité en matière d'évasion : c'est un emprisonnement pouvant aller de 1 an à 5 ans.

Pour pallier à la sévérité extrême de l'internement administration et par souci d'éviter tout arbitraire dans son application exorbitante du droit commun, le chef de l'Etat a reconnu un droit de recours aux personnes ayant fait l'objet d'un arrêté d'internement. Cette mesure qui assure des garanties précises aux droits de l'interné est prévue par la loi du 16 janvier 1943 : elle répond à la préoccupation d'éviter tout arbitraire et des erreurs qui peuvent se produire. Ainsi les personnes qui s'estiment internées à tort peuvent former un recours devant le chef de l'Etat en vue d'obtenir leur libération et ceci quelles que soient les causes de l'internement et quelle que soit l'autorité qui l'a prononcé.

Une commission spéiale placée près du Chef de l'Etat examinera chaque cas individuel et lui adressera des propo-

sitions. Le chef de l'Etat statuera au vu de l'avis de cette commission spéciale.

Comme l'internement administratif peut être pris aussi bien contre un Français que contre un étranger, ce recours est ouvert également aux étrangers.

Critique de la loi du 15 *février* 1942 (art. 1er) — La portée pratique de l'article 1er de la loi du 15 février 1942 est assez réduite. On ne connaît pas encore l'internement administratif prononcé pour avortement. Cette mesure concurrente de mesures judiciaires est souvent supplantée par elles, l'article 317-2° est en effet le plus couramment appliqué pour la répression du délit d'avortement et les mesures de répression portées sur le terrain de la police administrative ne sauraient gêner beaucoup son application.

Supposons un avorteur professionnel exerçant dans une ville sa coupable industrie ; il est bien improbable que le parquet ignore l'existence du délit là où le préfet en aurait connaissance : c'est lui qui, le plus souvent, est le premier saisi de l'affaire par des rapports de police. L'enquête se déroule normalement et le juge d'instruction pour procéder à ses interrogatoires, comme et quand il lui plait délivre contre le coupable un mandat d'amener suivi d'un mandat d'arrêt. Il saisit le tribunal correctionnel si les preuves réunies sont concluantes. Cette procédure judiciaire supplante la procédure administrative. En effet pour que le prévenu soit interné, il faut qu'il soit reconnu ou tout au moins fortement présumé coupable ; le moyen de déterminer cette culpabilité le plus commode est bien l'instruction du délit.

Tout au plus, verrons-nous l'application de la loi du 15 février 1942, article 1er, dans un cas limite où l'instructiou achevée n'aurait pas réuni, à l'encontre de l'inculpé, les preuves judiciaires nécessaires à sa traduction devant les tribunaux mais, aurait néanmoins relevé des présomptions graves, précises et concordantes que l'individu est un avorteur professionnel ou agit dans un but lucratif. Dans ce cas les poursuites sont pénalement impossibles, l'internement deviendra nécessaire. C'était d'ailleurs bien le but de la loi d'éviter que la mesure ne soit tournée par l'exigence d'une preuve aussi lourde et difficile que celle exigée en justice.

L'autre but de cette loi était que la répression intervienne rapidement. Mais nous croyons que l'enquête qui précède l'internement faite par les autorités administratives est aussi longue que l'instruction qui précède le jugement répressif. En effet, les préfets, avant d'ordonner l'internement même particulièrement grave, prendront pour s'éclairer l'avis de toutes les autorités ou personnes qualifiées : un rapport après enquête, soit par des assistantes sociales, soit par des fonctionnaires de police est dressé par les délégués régionaux à la famille. Le préfet devra statuer sur lecture de ce rapport. Nous voyons que la procédure est assez longue et elle n'aboutira pas toujours à l'internement, il faut que la conviction du préfet soit extrêmement ferme pour qu'il édicte cette mesure

Donc dans sa première partie, la loi du 15 février 1942 n'aura pas une grande portée pratique. On n'enlèvera pas aux parquets et aux tribunaux la poursuite de la plupart des avortements. Tout au plus l'internement sera-t-il appliqué lorsque les faits présentent une gravité et une notoriété telles que l'administration voudra faire un exemple éclatant utile à la gouverne des futurs délinquants.

DEUXIÈME PARTIE

Mesures préventives destinées à empêcher l'avortement

Les réformes nouvelles ont non seulement apporté un regain de sévérité dans la répression de l'avortement, mais elles ont encore essayé d'en empêcher la réalisation par des moyens préventifs appropriés.

Certaines de ces mesures préventives existaient déjà avant 1939, mais devant leur insuffisance démontrée par les résultats, le Code de la Famille en a apporté de nouvelles.

Nous diviserons notre étude en trois chapitres.

Dans ce chapitre I, nous étudierons les mesures préventives destinées à empêcher la publicité des moyens d'avortement et la publicité de l'avortement en général qui a tant d'influence sur les esprits faibles.

Le chapitre II traitera de la protection des femmes enceintes et des enfants, organisée tout récemment.

Le chapitre III sera destiné à l'étude des mesures se rapportant à la lutte contre les avorteurs.

CHAPITRE PREMIER

MESURES PREVENTIVES DE PUBLICITE

La loi du 31 juillet 1920 réprime la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle. Nous l'étudierons dans la partie intéressant la provocation à l'avortement : c'est une loi qui par la menace des sanctions qu'elle édicte, est de nature à empêcher la publicité de l'avortement, publicité dont la réalisation peut être opérée par provocation à l'avortement ou par la fourniture publique de moyen propre à commettre l'avortement : ce délit de fourniture a été élargi par l'article 91 du Code de la famille.

Nous allons étudier dans une première section, la loi du 31 juillet 1920. Une section II traitera de l'article 91.

Section I

La loi du 31 juillet 1920

Le délit de provocation à l'avortement n'était pas puni dans notre Code Pénal. Il est vrai que, jusqu'à la rédaction du Coe pénal, ce délit n'était pas très répandu en France.

§ 1. — *Motifs de la loi.*

Au XIX^e^ siècle des pratiques, dites malthusiennes, pénètrent profondément dans le pays par une publicité effrénée : on indique d'abord le moyen de prévenir les grossesses et peu après le moyen de les interrompre. Des conférences, des brochures, des livres, le cinéma même contribuent à cette réclame dangereuse.

Contre cette propagande organisée. la loi n'édictait aucune sanction : les parquets, en l'absence d'un texte, ne pouvaient poursuivre les auteurs de cette publicité si dangereuse pour l'avenir de la société.

Ils ont essayé, néanmoins, des poursuites en application de l'article 36 de la loi du 21 germinal an XI : « Tout débit au poids médicinal, toute distribution de drogues et préparations médicamenteuses sur des théâtres ou étalages dans les places publiques, foires et marchés, toute annonce, affiche imprimée qui indique des remèdes secrets, sous quelque dénomination qu'ils soient présentés sont sévèrement prohibés. Les individus qui se rendraient coupables de ce délit seront poursuivis par mesure de police correctionnelle et punis conformément à l'article 183 et suivants du Code des délits et des peines ». Cet article était insuffisant pour faire condamner les coupables : la Cour de Cassation a estimé, dans un arrêt du 16 décembre 1837 [1] que le texte cité permet seulement de réprimer la vente et distribution de préparations pharmaceutiques non conformes au formulaire du Codex publié en vertu des articles 32 et 36 de la loi du 21 germinal an XI. Cet article 32 est ainsi conçu : « Les pharmaciens ne pourront livrer et débiter des préparations médicinales ou drogues composés quelconques que d'après la prescription qui en sera faite par les docteurs en médecine ou en chirurgie ou par des officiers de santé et sur leur signature. Ils ne pourront vendre aucun remède secret, ils se conformeront pour les préparations et compositions qu'ils devront exécuter et tenir dans leurs officines, aux formules insérées et décrites dans les dispensaires ou formulaires qui ont été rédigés ou qui le seront dans la suite par les écoles de médecine ». Il était donc facile aux personnes qui vendaient les produits de ce genre de se mettre en règle avec les prescriptions du codex. La fourniture de moyens susceptibles de provoquer l'avortement échappait donc aux poursuites en l'état des textes présentés.

La provocation à l'avortement aurait pu être considérée comme un acte de complicité au cas d'avortement commis ou seulement tenté. L'article 60 permettait cette poursuite,

1. *J. off.*, 22 décembre 1909, p. 3611 et *J. off.*, Doc. parlm. 1918, annexe 3220, p. 333.

mais dans un nombre de cas assez restreint énumérés dans son paragraphe 2 : la loi permet d'atteindre celui qui a procuré les instrucments ou tout autre moyen apte à procurer l'avortement mais il est indispensable de démontrer que le coupable avait en vue l'avortement et il fallait encore prouver que la provocation s'est manifestée par certains actes, tels que dons, promesses, abus d'autorité ou de pouvoirs, instructions, machinations ou artifices coupables, selon le paragraphe 1 de l'article 60, dans le cas où la provocation n'était pas accompagnée de fournitures de moyens.

Ce n'était qu'un moyen détourné et peu pratique d'atteindre le provocateur. Une grande difficulté existait déjà pour démontrer qu'il y avait eu avortement, la preuve était encore plus pénible quand il fallait y ajouter celle de la complicité. Pratiquement, par le jeu de cet article la répression était mal assurée. L'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, ne permettait de poursuivre la provocation à l'avortement que si elle avait été directe ou publique et il fallait encore qu'un rapport de cause à effet ait été établi entre la provocation à l'avortement et le crime accompli ».

Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue à l'article 2 du Code pénal. Cet article 23 paraissait très complet et semblait atteindre les complices d'un avortement aussi bien que d'une tentative d'avortement.

Mais comment établir le rapport de causalité entre le crime déterminé et les discours, cris ou menaces proférés dans les lieux publics : comment établir ce même rapport entre ce crime et les placards ou affiches. Cette démonstration s'avérait absolument impossible ; donc la provocation à l'avortement demeurait, malgré ce texte, sans sanction.

On a essayé de réprimer la vulgarisation de l'avortement en s'appuyant sur la loi du 2 août 1882, réprimant l'outrage aux bonnes mœurs, modifiée par la loi du 16 mars 1898 et du 7 avril 1908. Cette loi permettait de poursuivre les auteurs de propagande en faveur de l'avortement sous forme d'annonces, écrits, imprimés, ou images obcènes ou contraires aux bonnes mœurs. En jurisprudence, la question de savoir si les annonces réclames en faveur des pratiques de médicaments ou instru-

ments abortifs peut constituer un outrage aux bonnes mœurs a été fort discutée. Les Cours d'Appel, guidées surtout par un intérêt social répondent par l'affirmative. Mais la Cour de Cassation a tranché le débat dans un arrêt du 23 novembre 1912[1] : pour elle, l'élément essentiel du délit d'outrage aux bonnes mœurs est l'obscénité ; or, selon la Cour de cassation, cet élément fait défaut dans les annonces, réclames, écrits destinés à provoquer l'avortement. Ici encore, la loi n'apportait pas des moyens de répression efficace, pas plus d'ailleurs que les lois du 12 décembre 1893 et du 28 juillet 1894 qui avaient introduit, sans succès, la répression de l'apologie de certains crimes.

La répression de la provocation à l'avortement n'existait donc pas. Un texte était indispensable devant l'extension de cette propagande sans sanction qui s'installait si commodément chez nous. « Il est curieux de constater, dit M. Lafarge, que c'est vers 1904 que la proportion des avortements a subi une augmentation considérable. Or c'est précisément vers cette époque que la propagande néo-malthusienne s'est organisée et développée »[2].

« Une double cause, d'après M. Strauss, semble avoir contribué à cet accroissement formidable du nombre des manœuvres abortives : d'une part, celles-ci sont devenues plus faciles et plus rapprochées de la conception, de l'autre, elles ont été vulgarisées par une double propagande doctrinale et pratique »[3].

§ 2. — *Objet de cette loi.*

L'objet de cette loi est la répression de la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, seule la provocation à l'avortement intéresse notre étude. Il s'agit de lutter contre la dépopulation en réprimant tous les faits qui peuvent provoquer et faciliter l'avortement, dit M. Lafarge dans son rapport du 29 mars 1920. La loi de 1920 punit la provocation à l'avortement sous toutes ses formes, quelle soit publique ou non publique, directe ou indirecte, suivie

1. D. 1922.1.497.
2. *J. off., loc. cit.*
3. Rioufol, thèse, *op. cit.*, p. 69.

d'effet ou non, qu'elle soit verbale ou écrite, que ce soit au moyen du livre écrit, imprimé, annonce, affiche, dessin, image, emblême parvenu sous les yeux de la personne à encourager à employer des moyens abortifs, que ce soit sous forme de publicité faite pour des cabinets médicaux ou soi-disant tels, sous forme de vente ou de distribution par quelque moyen que ce soit de drogues ou d'instruments présentés comme moyens d'avortement efficace, qu'ils soient aptes ou non à procurer l'avortement.

Depuis la loi de 1920, la provocation est punie en elle-même, comme un délit distinct et non pas comme un cas de complicité devant répondre aux conditions de l'article 60.

La provocation de la loi de 1920 est très large et est une infraction pénale en toute hypothèse, alors que la provocation aux crimes et délits en général est le plus souvent un cas de complicité prévu par l'article 60. La provocation à l'avortement est une infraction aussi large que la provocation au refus du devoir militaire et l'apologie des actes d'indiscipline. Le délit de provocation à l'avortement comporte deux éléments, un élément moral et un élément matériel. *L'élément matériel* est le fait de la provocation manifesteé par des actes matériels quelconques que nous avons indiqués, *L'élément moral* est l'intention de la part de l'auteur de la provocation de pousser la victime à commettre l'infraction, c'est la poursuite du résultat.

La loi de 1920 réprime la provocation à l'avortement sous ses divers aspects : c'est l'objet de l'article 1er.

Elle crée, dans son article 2, un délit de fournitures de moyens.

L'article 5 réserve l'application de l'article 317 au cas où l'avortement a été consommé à la suite de manœuvres de l'article 2.

A. — *Etude de la provocation à l'avortement sous ses divers aspects*[1] : provocation ublique ou non publique, directe ou indirecte, suivie d'effet ou non.

La provocation est visée par l'article 1er de la loi de 1920. Il a pour origine l'article 4 de la proposition de loi Lannelongue

1. CARPENTIER, *op. cit.*, au mot « Avortement ».

au Sénat : « La sous-commission a été unanime pour ériger en délit et déférer aux juridictions correctionnelles, même lorsqu'elles ne constituent pas par elles-mêmes le délit d'outrage aux bonnes mœurs, l'exposition , la vente ou mise en vente, à domicile, la remise sous bande ou sous enveloppe non fermée, à la poste ou à tout autre distribution de transport, d'écrits, d'imprimés autres que le livre, d'affiches, dessins, gravures, images ou objets ayant pour destination de décrire ou de vulgariser les pratiques abortives ou de provoquer à en faire usage ».

1° *Provocation publique ou non publique.*

a) *Provocation publique.* — L'article 1er atteint la provocation à l'avortement soit par la parole, soit par l'écriture, soit par la publicité des cabinets médicaux ou soi-disant tels.

1) *La provocation publique par la parole* est punissagle lorsqu'elle s'exerce sous forme de discours proférés dans les lieux ou réunions publics.

Il s'ensuit que trois conditions sont nécessaires à l'existence de cette provocation :

α) *Un discours* : ce qui signifie un assemblage de mots, dans le sens le plus extensif du mot discours.

β) Le fait que ce discours ait été *proféré*, c'est-à-dire tenu, même dans le ton ordinaire de la conversation de façon à avoir été *entendu par plusieurs personnes* : il n'est pas nécessaire que le ton déclamatoire ait été employé.

γ) Il faut que le discours ait été proféré dans un *lieu public*, soit qu'il s'agisse d'un lieu public par sa nature, c'est-à-dire accessible au public d'une manière absolue et permanente, telles que rues, routes, places ; ou d'un lieu public par destination, tels que théâtres, cinémas, salles publiques, bibliothèques, prétoires ; ou d'un lieu public par accident, c'est-à-dire d'un lieu privé par sa nature mais devenu public à raison de la présence des personnes qui s'y trouvent provisoirement, tel un magasin de vente ouvert et donc accessible au public, où plusieurs personnes peuvent se trouver réunies. Le tribunal appréciera, suivant le cas d'espèce, s'il s'agit ou non d'un lieu public.

La question des réunions publiques se pose naturellement

ici. Toute provocation à l'avortement dans une réunion publique est punissable.

Qu'appelle-t-on réunion publique ? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à exiger les trois éléments suivants pour caractériser la réunion publique :

α) On exige la présence d'un certain nombre de personnes, sans fixer ce nombre d'une façon précise, car il est susceptible de varier suivant les circonstances et les cas particuliers.

β) Le caractère d'intimité doit être banni de cette réunion : les relations entre les personnes présentes doivent avoir le caractère des relations existant entre les personnes étrangères les unes aux autres.

γ) L'accès du lieu où ces personnes sont réunies doit être d'un accès relativement aisé. Une telle réunion aura le caractère d'une réunion publique et toute provocation à l'avortement faite au cours de cette réunion sera punissable, alors que, si cette réunion était réunion privée par le lieu, les personnes présentes, la provocation serait immorale mais ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale.

Mais il est des réunions privées qui ne réunissent pas les trois conditions exigées pour qu'une réunion ait le caractère d'une réunion publique et qui cependant en ont toute la portée. Il est désastreux de penser qu'à de telles réunions, la loi de 1920 est inapplicable. Elles entraînent pourtant les mêmes conséquences et font courir le même danger de perversion aux personnes qui y assistent. Citons par exemple et spécialement une réunion groupant les membres d'une association, d'un syndicat, dans un local privé, les personnes ayant été convoquées par des invitations individuelles et nominatives en vue d'une conférence de vulgarisation des procédés à l'avortement ou une ceampagne de provocation à l'avortement.

D'après Beltrami [1] malgré la répercussion et les conséquences que peuvent avoir de telles réunions, on ne peut leur contester leur caractère privé, « bien que des individus non invités aient pu s'y introduire en se servant de l'invitation d'autres personnes. Il est dependant nécessaire qu'une certaine discré-

1. Beltrami, *La provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle*, thèse, Aix, 1921, p. 77.

tion soit mise dans la distribution des invitations et qu'elle n'apparaisse pas comme une manœuvre destinée à donner le change sur la nature de la réunion. Cela posé, le nombre ne fait rien à l'affaire et une réunion de 6.000 personnes par exemple, affiliées à la même association, au même syndicat, à la même confédération peut parfaitement garder son caractère privé et le conférencier qui dans de telles circonstances proférerait des discours provoquant au crime d'avortement, échapperait absolument à la loi sur la presse et à la loi du 31 juillet 1920... ».

Mais la jurisprudence ne paraît pas avoir adopté ces motifs : en matière de presse, elle estime que la réunion même tenue dans un lieu privé est une réunion publique si l'on peut relever un des caractères de la réunion publique tel que le grand nombre des assistants. On ne peut pas sérieusement soutenir qu'une réunion dont le nombre des assistants est considérable a le caractère d'intimité qui marque d'ordinaire une réunion privée. La Cour de Cassation a adopté cette interprétation dans un arrêt du 14 août 1857 [1] : elle a décidé qu'un cercle constitue une réunion publique lorsqu'il est composé d'un grand nombre de personnes, même si on ne peut être admis qu'à certaines conditions. C'est le grand nombre qui imprime à ce cercle, même non ouvert au public, son caractère de publicité, même si cette réunion est tenue dans un lieu non public. Ces personnes sont venues à la réunion dans un intérêt commun.,.

L'opinion de la jurispruence est soutenue par MM. P. Garraud et Laborde-Lacoste [2] « De tout cela résultera notre conviction, que par analogie avec l'interprétation jurisprudentielle en matière de presse, une notion très large de la réunion publique pourra être consacrée dans notre domaine par les tribunaux et par là que les faits pourront tomber sous le coup de la loi pénale, la question restant d'ailleurs entière ».

Mais.nous n'avons encore aucune décision de la jurisprudence relativement à l'application de la loi de 1920 pour provocation à l'avortement commise dans une réunion privée qui par son importance peut être assimilée à une réunion publique.

1. D. 1863.1.298.
2. P. Garraud et Laborde-Lacoste, *La répression de la propagande contre la natalité*, Aix, 1921, p. 22.

A s'en tenir aux termes stricts de la loi, la réunion doit être publique et rien n'indique qu'on puisse par analogie adopter à ces termes la conception élargie de réunion publique.

On aperçoit alors, avec cette conception traditionnelle mais étroite de la réunion publique, combien il est aisé de tourner la loi de 1920 et de rendre son application presqu'illusoire ; il suffit de faire la réunion dans un local appartenant aux membres d'un syndicat, d'une association pour lui imprimer le titre de réunion privée tout en lui conservant, en fait, son ampleur : il n'en est pas moins aussi aisé d'y répandre les idées funestes de provocation à l'avortement. Souhaitons donc qu'une jurisprudence analogue à celle instaurée en matière de presse, vienne, par une définition plus large de la réunion publique, donner à la loi de 1920 toute sa portée.

2) *La provocation publique à l'avortement par l'écrit* est punissable lorsqu'elle s'exerce sous la forme de livres, écrits, imprimés, annonces, affiches, dessins, images, emblèmes.

L'*écrit* s'entend soit de l'écrit à la main ou d'un mode quelconque d'impressions. Pour qu'il y ait délit, il faut : *a*) un écrit de la nature de ceux qui sont énumérés par la loi ; *b*) la mise en œuvre des moyens suivants : vente, mise en vente, offre, exposition, affichage ou la distribution sur la voie publique ou dans les lieux publics.

La loi a réalisé une innovation en ce que le livre est considéré comme un moyen de commettre un délit puni par les tribunaux correctionnels. La loi de 1881 permettait bien de poursuivre pour délit de presse, l'outrage aux bonnes mœurs réalisé par le moyen du livre, les mots « écrits, imprimés » étant assez généraux pour qu'on englobe le livre ; mais comme pour tout délit de presse la Cour d'Assises était seule compétente et la prescription n'était pas celle du droit commun mais celle de la loi de 1898 (art. 2). (La loi du 2 avril 1882, sur la répression des outrages aux bonnes mœurs, ne frappait que les écrits, imprimés autres que le livre, laissant ainsi le livre réglementé par la loi sur la presse). Il est donc bien exact qu'ici la loi de 1920 a innové. Le délit de provocation à l'avortement, même par le livre, est un délit de droit commun et non un délit de presse.

La loi de 1920 prévoit la provocation à l'avortement par

« *annonces* » pour atteindre la publicité scandaleuse faite par les journaux qui échappait à toute sanction avant 1920 ; cette publicité ne constituait pas le délit d'outrage aux bonnes mœurs : en effet, la Cour de cassation, le 19 novembre 1910 et le 24 novembre 1911 [1] avait jugé que l'annonce de substances, médicaments, remèdes ou instruments destinés à procurer l'avortement d'une femme enceinte ne constitue pas par elle-même un délit d'outrage aux bonnes mœurs lequel n'est constitué que lorsque l'annonce est accompagnée de descriptions obscènes. On ne peut considérer comme contenant des descriptions obscènes l'annonce qui ne renferme en réalité que des descriptions d'ordre physiologique.

3) *La provocation publique à l'avortement par la publicité de cabinet médicaux.* — Ces cabinets médicaux, auxquels la loi assimile les cabinets soi-disant médicaux sont parfois tenus par des médecins spécialisés dans les pratiques abortives. La loi ne fait pas double emploi avec la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice illégal de la médecine.

Tandi que la loi de 1892 nécessite pour que la répression puisse être exercée de son chef, l'exercice habituel de la médecine, c'est-à-dire l'exercice de la profession de médecin, la loi de 1920 ne vise que la publicité et frappe celle-ci du seul fait de son existence, de sa manifestation, alors même qu'aucun acte n'aurait été accompli, avant même par conséquent que l'exercice ait commencé. D'autre part, alors que le délit prévu et réprimé par la loi de 1892 est un délit d'habitude qui ne saurait concerner la personne qui n'a fait qu'un seul acte de la profession médicale accidentellement, le délit prévu et réprimé par la loi de 1920 est instantané ; il existe dès qu'un acte de publicité est relevé, dès qu'un fait d'annonce même isolé, unique est accompli.

La pénalité de la loi de 1920 est beaucoup plus sévère que celle de la loi de 1892. La loi de 1920 frappe le coupable de 6 mois à 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 100 à 3.000 francs alors que la loi de 1892 n'applique que la peine de 6 mois à 1 an de prison et d'une amende de 1.000 à 2.000 fr. et ceci encore dans le cas où l'exercice de la médecine s'accompagne d'usurpation de titre.

1. D. 1912.1.497.

b) *Provocation non publique.* — La loi ne se contente pas de réprimer la provocation publique à l'avortement : cette mesure lui a paru insuffisante, elle veut atteindre également la provocation clandestine parfois plus dangereuse que la provocation publique.

Les modes de provocation non publiques sont énumérées dans l'alinéa 3 de l'article 1er. Ce sont : la vente, mise en vente ou l'offre même non publique, ou l'exposition, l'affichage ou la distribution à domicile, la remise sous bande ou sans enveloppe fermée ou non fermée, à la poste ou à tout agent de distribution ou de transprt, de livres, d'écrits, d'imprimés, d'annonces, d'affiches, de desseins, d'images et d'emblèmes ». M. Beltrami [1], dans sa thèse, précise que du fait que le mot non publique est au singulier, il accompagne seulement l'offre ; tous les autres moyens indiqués, vente, mise en vente, se seraient sanctionnés par la loi qu'autant qu'ils seraient publics. Cette conception restreint singulièrement les formes de la provocation non publique à l'avortement. Pourquoi réprimer l'offre non publique et laisser sans sanction les autres modalités ? Il semble qu'il y ait dans la rédaction de cet alinéa une erreur grammaticale, un singulier au lieu d'un pluriel ; singulier qui pouvait à la rigueur se justifier par le fait que le dernier acte de l'énumération des procédés de provocation est précédé du mot ou. Donc la vente, mise en vente ou l'offre bien que non publiques sont sanctionnées par la loi.

Pourtant le Tribunal correctionnel de la Seine, par un jugement du 27 janvier 1926 [2] relaxe un individu coupable d'avoir vendu des appareils ou instruments propres à l'avortement parce que cette vente n'était pas assortie de publicité ou d'une indication faisant ressortir le but de ces appareils. L'individu n'étant qu'un inrermédiaire entre le fabricant et le détaillant n'a pas propagé dans le public l'emploi de ces moyens propres à procurer l'avortement.

Cette décision est critiquable, la prévention était fondée non pas sur l'article 1er de la loi de 1920 qui vise la provocation à l'avortement mais sur l'article 2 qui vise la fourniture de moyens.

1. Beltrami, *op. cit.*, p. 82.
2. *Gaz. Pal.* 1926.1.471.

Cette vente, mise en vente, offre, peuvent être faites dans des réunions privées, réunions que la loi n'atteint pas, mais la loi punit la vente, mise en vente, l'offre même non publiques faites au cours de ces réunions.

La distribution à domicile est également punie par la loi. On discute sur le point de savoir si cette distribution, pour avoir le caractère de délit, doit être un fait habituel ? Est-ce un délit instantané-ou un délit d'habitude ?

La jurisprudence n'a pas eu à connaître la question depuis la loi de 1920. Mais sous l'empire de la loi de 1852 qui visait le fait de distribution, la Cour de cassation avait exigé une pluralité de faits dans un arrêt du 31 décembre 1909[1] ; la Cour d'appel de Paris, le 1er février 1910 estimait qu'un fait isolé suffisait, si chez l'auteur existait « l'idée bien arrêtée de répandre le document en le faisant parvenir àt out venant » : donc une sorte de *dolus specialis* devait accompagner le fait isolé : le coupable devait avoir en vue et pour but une idée de propagande qui pourra se déduire de la distribution isolée et du fait qu'il possède par exemple, d'autres imprimés à distribuer.

Il semble que la solution de la Cour de Paris soit la plus apte à atteindre les coupables de distribution ; elle laisse une grande élasticité et un grand pouvoir d'appréciation au juge, qui devra tenir compte des circonstances qui accompagnent l'unique fait de distribution et même de la personnalité du prévenu, de sa moralité, de ses intentions. Pratiquement d'ailleurs, dans la majorité des cas, l'individu poursuivi pour un fait de distribution à domicile, se sera le plus souvent rendu coupable antérieurement de plusieurs faits identiques. Si l'on considérait la distribution à domicile comme un délit d'habitude *stricto sensu*, ainsi que le font MM. Garraud et Laborde-Lacoste, la répression serait très entravée par des difficultés de preuve.

2° *Provocation directe et indirecte.*

La provocation à l'avortement est punissable qu'elle soit directe ou indirecte, nous avons vu, au contraire, que la loi

1. D. 1912.1.28.

du 29 juillet 1881 sur la presse ne punissait que la provocation directe et publique.

La loi de 1920 ne fait aucune distinction, elle est générale elle parle de la provocation sans la qualifier, le juge du fond appréciera souverainement s'il s'agit d'une provocation directe ou indirecte.

a) *Provocation directe.* — On appelle provocation directe tout appel formel à l'exécution de l'acte d'avortement accompagné ou non d'un exposé de vulgarisation des moyens de provoquer l'avortement. C'est conseiller directement de pratiquer l'avortement. La provocation directe était déjà définie dans la loi du 12 décembre 1893 sur les menées anarchistes.

b) *Provocation indirecte.* — Aucune loi ne donne de définition. Elle se retrouve sous les aspects les plus divers.

C'est une provocation voilée par des moyens détournés et non formels qui tend à faire connaître l'avortement. Elle peut revêtir la forme d'apologie « faire l'apologie d'un crime, c'est représenter des actes criminels comme louables et méritoires. Cette manifestation d'opinion est une provocation indirecte presqu'aussi dangereuse que la provocation directe et incriminée à ce titre. Elle trouble et égare les consciences, fait croire à la légitimité de ce qui est illégitime, enseigne la révolte contre la loi, donne aux coupables le rôle de victimes... L'apologie se présente sous deux formes distinctes : tantôt l'apologie est abstraite, c'est-à-dire sans application à tel acte déterminé, par exemple, on glorifie l'assassinat, le pillage, la destruction ; tantôt l'épologie est concrète, elle s'applique soit à tel acte, soit à tel criminel [1]. Cette apologie peut être une apologie de l'avortement accompagnant la vulgarisation de procédés abortifs sans invitation directe à en faire usage. On peut imaginer divers aspects de cette provocation indirecte. La question de savoir s'il y a provocation indirecte est laissée à l'appréciation des magistrats ; comme elle n'est pas définie, on ne sait à quels signes la reconnaître. Le législateur s'en rapporte au juge qui « pèsera le fait, l'intention et les circonstances » [2].

1. Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 85, n° 918.
2. Garraud et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 36.

La provocation indirecte sera le plus souvent définie par le juge à l'aide de formules tirées *a contrario* de la loi de 1881 définissant la provocation directe. Devant l'imprécision de la loi de 1920, on trouvera presque toujours un élément matériel de provocation punissable ; si ce fait ne se range pas dans la catégorie de provocation publique, non publique ou directe, il trouvera place obligatoirement dans un cas de provocation indirecte.

Mais le délit n'est pas constitué par l'existence de cet élément matériel, il faut encore un élément intentionnel : le Ministère Public devra faire la preuve que le coupable poursuivait un but de provocation à l'avortement ; au cas où l'inculpé exciperait du défaut d'intention, il appartiendra au parquet de distinguer les manifestations d'une pensée purement scientifique et désintéressée des manifestations qui ne sont que des moyens de réaliser l'excitation à l'avortement. Cette tâche de discrimination sera accomplie et facilitée par l'examen des circonstances de l'affaire, du ton, du discours, des termes employés, des modalités de la description que l'on peut concevoir scientifique et compréhensive des seuls initiés ou au contraire en termes clairs, mise à la portée de tous traduisant ainsi l'intention coupable ou encore par la considération de la qualité et de la personnalité de l'auteur, professeur, médecin, spécialiste rédigeant des livres et des articles techniques »[1].

3° *Provocation suivi d'effet et non suivie d'effet.*

Quel que soit le résultat de la provocation à l'avortement, sous une des modalités qu'elle peut revêtir et que nous avons examinées plus haut, publique ou non publique, directe ou indirecte, la provocation est punie par la loi qu'elle ait eu ou non effet ; la sanction de l'article 1er sera prononcée comme l'indique la loi de 1920 dans le dernier alinéa de l'article 1er. L'intention seule est donc punie quand la provocation a échoué dans ses résultats ; cette disposition est inspirée de l'article 24 de la loi sur la presse de 1881.

C'est une innovation sur la conception de l'article 60 du Code pénal qui ne punissait la provocation comme acte de complicité, que tout autant que le délit acte principal était lui-même

1. Garraud et Laborde-Lacoste, *op cit.*, p. 41.

punissable, c'est-à-dire consommé ou dans certains cas seulement tenté. La provocation à un délit n'était donc punissable que si elle était suivie d'effet et il faut que le délit consommé soit le résultat de la provocation[1].

La loi de 1920 étend la répression à la provocation non suivie d'effet et ceci est fort naturel quand on considère quel esprit a présidé à la rédaction de la loi. L'intention du législateur était de voir les avorements devenir de moins en moins fréquents : pour cela, il attaquait l'une des causes de ce fléau, la provocation à l'avortement. Cette loi qui faisait de la provocation un délit, la punissait du fait de son existence ; la provocation était punie en elle-même, pour elle-même, par le seul fait de sa manifestation, abstraction faite de ses résultats, de ses effets.

Lorsque la provocation est suivie d'effet, elle est punie comme un délit distinct, elle n'est pas punie comme un acte de provocation publicité au sens de l'article 60. On pourrait le croire du fait de la coexistence de la loi de 1920 et de l'article 60 du Code pénal. L'article 60 continue néanmoins à s'appliquer, dans le cas où les manœuvres, actes de complicité, destinées à faciliter ou à procurer l'avortement, ne peuvent pas constituer un acte de provocation à l'avortement au sens de la loi de 1920, ce qui est très rare. La provocation au délit d'avortement ne saurait donc depuis la loi de 1920, constituer un acte de complicité au délit d'avortement.

Ayant étudié les divers cas de provocation, voyons maintenant quels sont les caractères de ce délit et les pénalités qui lui sont appliquées.

4° *Caractère du délit. — Pénalités.*

Le délit de provocation est un délit de droit commun, ressortissant des tribunaux correctionnels.

L'arrestation préventive est autorisée en vertu de l'article 113 du Code d'instruction criminelle et la mise en liberté provisoire n'est pas de droit 5 jours après l'interrogatoire puisque le maximun de la peine est 3 ans de prison c'est-à-dire une peine supérieure à 2 ans de prison.

La prescription de l'action publique est celle du droit commun prévue aux articles 637-638 du Code d'instruction cri-

1. CARPENTIER, *op. cit* « Avortement ».

minelle et non par celle de la loi sur la presse ou de l'article 2 de la loi du 16 mars 1898, s'il s'agit du livre.

Le coupable sera puni suivant le première alinéa de l'article 1er de 6 mois à 3 ans de prison et d'une amende de 100 à 3.000 francs.

B. — *De la fourniture de moyens propres ou inaptes à procurer l'avortement.*

L'article 2 de la loi du 31 juillet 1920 prévoit ce délit.

Il édicte ici encore de la peine de 6 mois à 3 ans d'emprisonnement et à l'amende de 100 à 3.000 francs prévues par l'article 1er de la loi de 1920.

Avant cette loi, le délit de fournitures de moyens propres à commettre l'avortement était punissable par application des dispositions de l'article 60 du Code pénal. Mais l'application de l'article 60 était très rare car elle engendrait des difficultés de preuve : il fallait prouver que l'intention du complice était d'aider à perpétrer le crime d'avortement et les objets proposés comme moyens devaient être aptes à le procurer.

La loi de 1920 dont le but est de prévenir les avortements est infiniment plus large.

Le délit de fourniture de moyens est constitué de deux éléments : un élément matériel et un élément intentionnel.

1° *Elément matériel.* Cet élément est : *a*), *la vente, mise en vente,* le fait d'avoir fait vendre, distribuer ou fait distribuer de quelque manière que ce soit les objets énumérés par la loi. Le texte est très large : de quelque manière que les moyens soient fournis ou mis à la disposition du public, que le coupable ait distribué lui-même ou par personne interposée, lui et son préposé sont atteints par les sanctions de la loi.

En ce qui concerne le fait de distribution, le Tribunal de Segré, le 12 mars 1931 et le Tribunal correctionnel d'Epinal, le 18 septembre 1931 [1], avaient relaxé des prévenus coupables d'avoir distribué un instrument à une personne enceinte sur le motif qu'il y a eu fait unique, donc pas de propagande. « Attendu qu'il est dit à l'article 2 que « sera puni quiconque

1. *Gaz. Pal.*, 1931.2.306.

aura... distribué... des instruments... » et que le verbe *distribué*, aussi bien que le pluriel qui le suit pour complément, indiquent assez la nécessité de plusieurs faits pour la réalisation de l'infraction visée.

Attendu qu'on ne saurait raisonnablement voir dans la simple présentation d'un seul et même instrument abortif à la fille L..., « *distribution* » au sens propre et véritable du terme et telle que l'exige littéralement le texte : que celui-ci est d'étroite interprétation ».

Mais la Cour de cassation a jugé le 12 novembre 1931 [1] que le fait unique de distribution d'un instrument destiné à provoquer l'avortement, sachant à quel usage il devait être employé constitue le délit de l'article 2 de la loi du 31 juillet 1920.

b) L'élément matériel comprend la *fourniture de substances, remèdes, instruments ou objets quelconques*. Cette énumération est très large et atteint tous les remèdes classés au point de vue légal et inscrits au Codex : ces remèdes ne sont jamais préparés à l'avance, et sont délivrés par les pharmaciens sur ordonnance des médecins ou chirurgiens.

L'énumération mentionne les substances et instruments.

D'après M. Beltrami [2] « il n'existe dans l'arsenal chirurgical actuel aucun instrument nettement approprié à l'avortement chirurgical. Il en est un seul qui nous a été signalé par un médecin, fabricant d'instruments et appareils chirurgicaux, qui s'indignait de le voir exposé dans les vitrines de beaucoup d'herboristes, bandagistes, etc... instrument servant à l'avortement criminel ne pouvant d'après ce médecin spécialiste, servir exclusivement qu'à cela, et dont l'existence est généralement ignorée des médecins. C'est une canule en os de 0 m. 25 environ de longueur, s'adaptant soit à une poire en caoutchouc, soit au tube d'une canule d'Esmarch. Nous avons pu nous rendre compte que les marchands semblaient ne pas connaître l'emploi exact de cette canule ».

Donc en pratique, il n'existe actuellement aucun instrument à la disposition du public, ou même des médecins, absolument désigné pour l'avortement, comme le davier est destiné aux avulsions dentaires, le forceps à l'accouchement... etc...

1. *Gaz. Pal.* 1932.1.18.
2. Beltrami, *op. cit.*, p. 85.

Le législateur indique encore des *substances et objets quelconques*, termes volontairement vagues et suffisamment généraux pour permettre les poursuites et ne pas entraver l'action des parquets.

2° *Elément intentionnel.* — La loi exige que le coupable de fourniture de moyens sache que ces moyens étaient destinés à commettre le crime d'avortement [1]. Souvent le coupable se retranchera derrière son ignorance de la destination des objets livrés. Ce sera au magistrat instructeur à rechercher s'il avait ou non la connaissance de la fin que ces objets devaient atteindre.

Si le coupable connaît la destination des objets énumérés par la loi, peu importe alors « que *l'avortement n'ait été réalisé, ni même tenté* », le seul fait de la livraison matérielle des objets avec cette connaissance du but poursuivi suffit à réalisation du délit de fourniture. Mais cet élément intentionnel est indispensable à la constitution du délit, sans lui le délit n'existe pas. Ainsi en a jugé le 21 juillet 1925 [2] la Cour d'appel de Paris : « si la vente ou mise en vente d'objets ou d'instruments destinés à l'avortement est bien un des modes de perpétration du délit visé par la loi du 31 juillet 1920, c'est à la condition qu'à ce fait vienne s'ajouter un élément intentionnel qui consiste dans la connaissance chez le prévenu que les objets vendus étaient destinés à commettre ce crime ».

On retrouve cette exigence dans les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1931 [3] : « par ses termes généraux la loi entend réprimer le fait de mettre volontairement à la disposition des tiers les objets énumérés par elle, à condition que l'auteur du délit ait su l'usage auquel ils étaient destinés ». Dans cette espèce il s'agissait d'un prévenu coupable d'avoir procuré à un tiers une canule, sachant quel usage ce dernier voulait en faire ; il voulait pratiquer des manœuvres abortives sur la personne de sa femme, manœuvres d'ailleurs demeurées infructueuses.

On remarque que l'élément intentionnel du délit visé à l'article 2 de la loi de 1920 n'est pas le même que celui visé à

1. CARPENTIER, *op. cit.*, « Avortement ».
2. *Gaz. Pal.* 1925.2.433.
3. *Gaz. Pal.* 1932.1.18.

l'article 1er : celui-ci étant que l'agent ait poursuivi un but de provocation à l'avortement, alors que l'article 2 exige seulement que le prévenu connaisse que les remèdes instruments ou substances sont destinés à commettre l'avortement.

La Cour de Cassation casse une décision qui après avoir relevé à la charge d'une prévenue, le fait d'avoir mis à la dispositon de certaines femmes ou jeunes filles des instruments destinés à provoquer l'avortement, l'a néanmoins relaxée des fins de la poursuite. Le tribunal motivait cette relaxe par le fait que les actes incriminés dûment établis ne constituaient pas des actes de provocation mais des internventions directes ou des actes d'exécution dépourvus de l'intention d'initier autrui aux pratiques de l'avortement. Mais l'article 2 de la loi de 1920 permet de réprimer autre chose que des actes de provocation. Cet article, nous l'avons vu, à la différence de l'article 1er qui suppose un but de provocation, n'exige d'autre intention que celle de favoriser un avortement.

Le tribunal invoquait comme autre moyen de relaxe qu'il n'y avait pas eu vente d'instruments ou d'objets destinés à commettre le délit : en effet la prévenue avait prêté à sa cliente la sonde employée habituellement en lui indiquant la manière de s'en servir. Mais cette sonde restait la propriété de la prévenue et devait lui être restituée après usage. Précisément la loi de 1920 punit non seulement la vente , mais la *distribution* des objets ; or le terme distribution est assez large pour englober aussi bien les remises d'objet à titre onéreux que les remises à titre gratuit.

La Cour suprême[1] casse encore les décisions de relaxe du Tribunal correctionnel et de la Cour d'Appel de Bordeaux, indiquant qu'il y a dans l'espèce distribution sciemment faite au sens de l'article 2 d'objets destinés à commettre un avortement, si l'agent-distributeur a connaissance de l'emploi qui allait être fait des objets distribués, alors même que cet avortement n'a été ni réalisé, ni tenté.

Donc peu importe que l'avortement ait été réalisé ou tenté, il suffit que des faits matériels aient été volontairement accomplis par l'agent sachant qu'ils sont destinés à procurer l'avortement.

1. Cass., 8 mai 1931, S. 1932.1.274.

Peu importe encore que les moyens employés, instruments, remèdes, substances soient inaptes à procurer l'avortement, même dans ce cas il y aura délit. L'article 2 vise à punir ainsi les manœuvres frauduleuses constitutives du délit d'escroquerie [1] à l'avortement : la loi nouvelle veut frapper, indépendamment du délit d'avortement proprement dit, dans son ensemble tout le commerce des avorteurs de profession, qui vendent à très haut prix à des femmes crédules, tel remède le sachant dépourvu de puissance abortive, y compris l'escroquerie à l'avortement. L'article 405 visait bien l'escroquerie, mais elle est atteinte plus facilement par les termes de la loi nouvelle et la répression en est plus certaine si les pénalités sont moindres : l'emprisonnement ne peut dépasser 3 ans. En effet la femme le plus souvent n'osait revéler à la justice l'escroquerie dont elle venait d'être victime pour faire punir le coupable. La seule offre de tels objets pouvait inciter à l'avortement et valait bien que la loi de 1920 en fasse un délit nouveau.

Appendice :

Complicité par fourniture de moyens.

L'article 5 de la loi du 31 juillet 1920 nous dit : « Lorsque l'avortement aura été consommé à la suite des manœuvres ou des pratiques prévues à l'article 2, les dispositions de l'article 317 du Code Pénal, seront appliquées aux dites manœuvres ou pratiques ».

Les dispositions de cet article élargissent le jeu de l'article 60 en indiquant des moyens de provocation qui sont moins précis, sans cependant qu'ils cessent de concorder avec lui.

La complicité n'est punissable que si l'avortement a été consommé : s'il a été tenté et que la tentative ait manqué son effet par suite des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur seules les pénalités de l'article 2 seront encourues par l'auteur des manœuvres ou pratiques visées à cet article 2. Il y a une sorte de relation de causalité entre les articler 2 et 5 de la loi de 1920, lien de causalité entre la fourniture des moyens et la réalisation de l'avortement. De là est née une complicité

1. Observations. S. 1932.1.274.

nouvelle : le complice doit avoir évidemment connaissance que les remèdes et instruments qu'il a fournis sont destinés à commettre un avortement.

On peut se demander si cette complicité prévue à l'article 5 de la loi de 1920 ne fait pas double emploi avec la complicité très large du délit d'avortement punie selon l'article 317 : les complices sont punis, qu'il y ait avortement consommé ou tentative [1].

Avant 1923, c'est-à-dire avant la loi de correctionnalisation, la complicité de l'article 5 avait un but très précis : au cas d'avortement consommé, l'auteur des manœuvres ou pratiques prévues à l'article 2 devenait complice d'un crime ; il n'était plus l'auteur du délit de fournitures de moyens institué par l'article 2 de la loi de 1920.

Malgré la réforme de 1923, la complicité de l'article 5 n'est pas sans objet : l'article 5 transforme le délit de fourniture de moyen de l'article 2 en complicité du délit d'avortement de l'article 317. En effet, sans l'existence de cet article 5, on aurait pu poursuivre, en cas d'avortement consommé, le délit de fourniture de moyens en vertu de deux textes : l'article 2 de la loi de 1920 ou l'article 317. L'article 5 vient nous indiquer sur quel texte baser les poursuites : sur l'article 317.

Les faits incriminés par la loi de 1920 sont punis en outre de la nouvelle incapacité d'ordre professionnel prévue à l'article 84 du Code de la Famille : à savoir l'interdiction d'exercer aucune fonction, et de remplir aucun emploi, à quelque titre que ce soit, dans les cliniques d'accouchement, maison d'accouchement. Toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions prévues à la dite loi entraînera cette incapacité.

Quels sont les résultats de la loi du 31 juillet 1920 ? La jurisprudence a bien été saisie de quelques affaires, mais à côté de ces rares espèces combien de tracts, brochures, magazines, pièces de théâtre, films, discours laissés libres contiennent de provocations alors que les auteurs n'en sont jamais poursuivis. Les statistiques démontrent que beaucoup d'infractions ont échappé au Ministère Public. Pour tous les ressorts de Cour d'Appel de France, y compris la Corse, l'Algérie et la Tunisie,

1. Rioufol, *op. cit.*, p. 130.

on relève les chiffres suivants pour l'année 1936 [1] : ces chiffres indiquent le résultat des poursuites en tenant compte des décisions d'appel :

Nombre d'affaires	21
Prévenus	26
Acquittés	4
Condamnés à plus d'un an de prison	0
Condamnés à moins d'un an	17
Condamnés à l'amende	5
Sursis	4

Ces chiffres ne discriminent pas les poursuites pour provocation à l'avortement de celles pour propagande ainticonceptionnelle. Ils sont très éloquents et démontrent que le but de la loi de 1920 n'a pas été atteint. Devant cette carence le décret-loi de 1939 a essayé d'élargir l'incrimination du délit de fourniture de moyens abortifs dans son article 91. Cet article laisse subsister la loi de 1920 mais la complète.

Section II

Délit de fournitures de moyens abortifs de l'article 91.

La loi nouvelle essaie de prévenir plus utilement l'avortement en créant un délit de fourniture de moyens que la justice peut déceler et atteindre plus facilement.

Etudions les éléments de ce nouveau délit :

A. — *Elément matériel.*

La loi nouvelle reprend quelques uns des termes de l'article 2 de la loi de 1920 dans l'énumération des faits qu'elle interdit : vente, mise en vente, fait vendre, distribuer, fait distribuer de quelque manière que ce soit. Comme en 1920, la loi réprime ces opérations qu'elles soient effectuées à titre onéreux ou gratuit, ouvertement ou d'une manière clandestine, sur la voie publique, par la poste.

1. Compte général de l'administration de la justice pendant l'année 1936.

L'article 91 ajoute des interdictions complémentaires que n'envisageait pas la loi de 1920 : il réprime les faits « d'exposer, d'offrir, de faire offrir ». Le texte est beaucoup plus extensif. Le simple fait de placer dans une vitrine ou de proposer un objet susceptible de favoriser ou de provoquer l'avortement tombe sous le coup de la loi.

La jurisprudence n'assimile pas, au point de vue de la répression, à l'offre la simple recommandation par un amant à sa maîtresse d'un produit qu'il considérait comme susceptible de lui procurer l'avortement[1] : ainsi en a décidé le 18 septembre 1941, le Tribunal correctionnel de la Rochelle.

Rentrent dans la constitution de l'élément matériel du délit les moyens sous les formes indiquées par la loi : ce sont les remèdes et substances, sondes intra utérines et autres objets analogues. Cette énumération est très large. Elle diffère de celle de la loi de 1920 : les expressions remèdes et substances y sont reprises et toutes les considérations qui nous avons déjà faites à ce propos sont encore exactes ; mais aux mots instruments ou objets quelconques contenus dans la loi de 1920, le décret-loi a substitué ceux de sondes intra utérines ou objets analogues. La liste des objets prescrits devait être fournie par un règlement d'administration publique qui devait être publié dans le délai de trois mois à partir de la publication au *Journal officiel* du décret. Mais ce règlementn'a pas encore paru : en sorte qu'il est très rare qu'un individu tombe sous le coup de l'article 91 : la mise en circulation des objets susceptibles de provoquer ou de favoriser l'avortement reste pratiquement libre, seule la fourniture des sondes intra-utérines désignées spécialement à l'article 91 est interdite.

La liste des objets sera d'ailleurs très difficile à établir étant donné la diversité des moyens employés à l'avortement : certains de ces objets ne servent pas qu'à un seul usage mais sont parfois nécessaires couramment et quotidiennement. L'avorteur ingénieux fabriquera souvent lui-même l'instrument nécessaire à l'opération ou agira avec des objets de fortune destinés normalement à un tout autre usage (aiguilles à tricoter).

1. *G. P.* 1941.2.404.

Ce que le législateur veut énumérer, c'est plus spécialement des appareils gynécologiques, aptes à un usage plus spécialisé, des objets analogues à une sonde, dit-il.

La liste sera forcément incomplète et ne comprendra que des appareils pharmaceutiques et substances médicamenteuses. En réglementant la vente de ces objets, il est certain que l'on gènera la pratique de l'avortement, mais sans la supprimer totalement.

La vente des objets susceptibles de provoquer l'avortement par le fait même qu'ils ne servent pas à ce seul usage n'est pas interdite aux pharmaciens. Les pouvoirs publics, frappés de la facilité avec laquelle on pouvait se les procurer dans leurs officines, en ont seulement *réglementé* la vente qui ne sera faite que sur présentation d'une ordonnance médicale qui devra être transcrite sur un registre côté et paraphé par le maire ou le commissaire de police (art. 91-2°). Le règlement d'administration publique, non encore paru dont il est question au paragraphe 1er de l'article 91, doit préciser les détails de cette réglementation.

D'autre part, il est interdit aux fabricants et négociants en appareils gynécologiques de vendre les dits appareils à d'autres qu'aux personnes appartenant au corps médical ou ne faisant pas elles-même profession comme commerçants patentés de vendre des appareils chirurgicaux.

L'absence de ce règlement d'administration publique donnera lieu à de fréquentes controverses. Le pharmacien, poursuivi pour avoir mis en circulation tel objet, ne manquera pas d'invoquer l'absence de liste d'objets interdits, d'où il excipera que la vente de tel objet est libre, indiquant en outre le caractèe non abortif de l'objet. La question de savoir si l'objet présente par lui-même et par définition un caractère abortif, demeure laissée à l'appréciation des magistrats. Question fort délicate qui ne manquera pas de les embarrasser étant donné qu'il est rare qu'on puisse dire d'un objet qu'il est spécialement et spécifiquement abortif.

Le Tribunal correctionnel de La Rochelle [1] a eu à trancher le débat. Le prévenu avait recommandé à sa maîtresse l'usage

1. *Gaz. Pal.* 1941.2.404.

d'un produit qu'il considérait comme susceptible de provoquer l'avortement. La prévention était basée sur l'article 91. Le tribunal a conclu : « Mais attendu que le règlement d'administration publique n'est pas intervenu dans le délai de trois mois prescrit par le décret-loi ni postérieurement, qu'enfin la recommandation de C..., ne saurait être assimilée à une offre, *que de l'avis des techniciens le produit incriminé n'est pas susceptible de procurer l'avortement* ».

Le juge pour relaxer C..., constate que le règlement d'administration publique dressant la liste des substances prohibées n'a pas paru et que le produit incriminé n'est pas susceptible de provoquer l'avortement et n'aurait pas, en conséquence, figuré dans la liste. Le juge déplore d'ailleurs cette relaxe, considérant que C... a une « étrange conception de ses devoirs envers la société, l'avenir du pays, état d'esprit particulièrement fâcheux qui constitue depuis trop longtemps une des principales causes de la décroissance de la population et par suite des malheurs de la France ». On peut d'ailleurs se demander si le simple conseil donné par C..., à sa maîtresse ne pourrait pas tomber sous le coup de l'article 317-1° et être considéré comme une tentative d'avortement ; certaines décisions paraissant considérer qu'un simple conseil suffit à caractériser le délit de tentative d'avortement comme nous l'avons vu dans notre première partie.

De même la Cour d'appel de Paris, le 22 décembre 1942 écarte l'application de l'article 91 contre une herboriste ayant vendu à une femme des sondes uréthrales à l'aide desquelles celle-ci à procuré ou tenté de procurer l'avortement à diverses femmes enceintes. « Considérant qu'il est constant que les sondes fournies par l'herboriste sont non des sondes intra-utérines mais des sondes uréthrales dites « anglaises » inutilisables aux fins dont il s'agit : qu'à l'époque des faits, la vente de ces sondes n'était interdite par aucune disposition légale ou réglementaire ».

Nous ne pouvons que déplorer l'absence de publication du R.A.P. annoncé à l'article 91.

B. — *Elément intentionnel.*

Le seul fait d'exposer, d'offrir... est punissable même si l'agent n'a pas eu le dessein de provoquer l'avortement : il suffit que les objets soient offerts vendus, *volontairement* et *susceptibles de provoquer ou de favoriser l'avortement.*

L'incrimination est sur ce point beaucoup plus large que celle de la loi de 1920 qui exigeait la connaissance, par l'auteur de la fourniture, que les instruments étaient destinés à commettre un avortement : c'est l'exigence de cet élément psychologique qui rendait les poursuites si difficiles. Actuellement, avec l'article 91, il n'est pas besoin de se préoccuper du but de l'agent : l'article 91 tend à réprimer seulement la mise en circulation d'objets qui pourraient avoir un usage anti-social sans exiger formellement que l'agent sache que ces objets sont destinés à atteindre le but anti-social.

La différence entre les deux textes réside donc dans l'intention de l'agent. Si l'intention coupable est établie on peut appliquer la loi de 1920 : si elle n'est pas démontrée, l'agent est cependant puni aux termes de l'article 91 s'il a mis volontairement en circulation des objets susceptibles de provoquer l'avortement interdits ou réglementés, alors même qu'il n'a pas eu le dessein de le provoquer.

Dans le cas où l'on ne peut pas poursuivre sur le chef de l'article 91 parce que l'élément matériel n'est pas celui désigné à cet article, soit qu'il ne s'agisse pas d'offre, de vente, ou que le moyen employé ne répond pas aux exigences de la loi, on ne peut pas poursuivre devantage sur le chef de la loi de 1920, ni sur le chef de complicité d'avortement ou de tentative d'avortement, l'élément intentionnel faisant défaut.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 22 décembre 1942, que nous avons déjà cité, l'indique formellement : après avoir constaté que la vente des sondes uréthrales échappait à l'article 91 parce que nullement interdite par cette disposition légale, il remarque qu'en admettant que les instruments aient pu être employés par la femme B..., à procurer des avortements, il n'est nullement établi qu'en les lui procurant le prévenu *ait su* à quel usage ils étaient destinés que la preuve de cette connaissance, élément essentiel de la notion de com-

plicité, manque en l'espèce, le délit relèvé contre elle ne saurait être retenu ».

C. — *Sanctions de ces dispositions.*

Les sanctions sont indiquées par le 5e alinéa de l'article 91 ; elles sont un emprisonnement de trois mois à 2 ans, une amende de 500 à 5.000 francs. Remarquons que la peine de prison est inférieure à celle prévue par la loi de 1920 qui est de 6 mois à 3 ans. L'amende par contre est plus élevée.

L'alinéa 6 indique que les tribunaux ordonnent dans tous les cas la confiscation des remèdes, substances, instruments et objets saisis.

Cette confiscation est obligatoirement prononcée par le tribunal : c'est une mesure de sûreté publique qui permet de retirer de la circulation des objets susceptibles d'être un danger social. La jurisprudence en tire les conséquences suivantes. la confiscation peut être prononcée malgré l'acquittement de la personne inculpée, reconnue de bonne foi ; les objets ayant servi à commettre le délit sont de droit confisqués sans qu'il y ait lieu de rechercher s'ils appartiennent ou non au délinquant, alors même que le propriétaire n'aurait pas participé au délit. C'est une confiscation, mesure de sûreté réelle : la personnalité des peines n'est pas observée en matière de mesure de sûreté.

Le texte prévoit, mais à titre facultatif, l'incapacité absolue ou l'interdiction temporaire d'exercer la profession par laquelle l'individu a commis l'infraction. Ce paragraphe n'énumère aucune profession particulière et n'indique pas de sanction pour l'infraction à l'interdiction d'exercice de la profession comme dans l'article 317.

CHAPITRE II

PROTECTION DES FEMMES ENCEINTES ET DES ENFANTS NOUVEAU-NES

L'avortement est souvent la conséquence de la crainte par les femmes enceintes du déshonneur que peut leur attirer leur grossesse. Aussi cherchent-elles à la cacher, soit que sa grossesse soit illégitime (on connaît la réprobation publique générale et le sentiment de mépris qu'encourent les filles-mères) soit que mariée, sa grossesse soit le résultat de l'adultère, ce cas est très fréquent actuellement en l'absence si prolongée du mari.

La crainte de la misère, les soucis pécuniaires procurés par la naissance future d'un enfant et les soucis de première enfance influent également sur la détermination prise par la femme de se faire avorter.

Le Code de la Famille et des lois postérieures ont essayé de prévenir ces causes d'avortement en créant des maisons maternelles, sortes de maternités secrètes où l'anonymat de la femme qui vient accoucher est gardé si elle le désire, en protégeant la maternité et la première enfance par l'allocation de secours aux femmes enceintes et l'accueil gratuit de cette femme dans les établissements hospitaliers publics.

Ces mesures sont l'objet de l'article 98 du décret-loi du 29 juillet 1939, des lois du 2 septembre 1941 et du 16 décembre 1942.

Section I

Maisons maternelles

Les maisons maternelles ont été créées par le décret-loi du 29 juillet 1939.

La réglementation de ces maisons est indiquée à l'article 98 du Code de la Famille.

L'article 98 pose le principe de la création dans chaque département d'établissements publics dits « maisons maternelles ».

Ces maisons devront accueillir les femmes enceintes sans formalités. L'absence de formalité est certainement une réforme capitale qui permettra à l'institution de se développer et d'obtenir plein succès. Combien de femmes rebutées par les paperasseries interminables des administrations se seraient refusées de profiter de l'accès de ces établissements.

Ces maternités recevront les femmes enceintes d'au moins 7 mois, les mères avec leur nouveau-nés : elles accueillent les femmes qui réclameront le régime du secret dès que leur grossesse sera constatée par le médecin de l'établissement, la femme est ainsi assurée de l'anonymat. Le secret est, aux termes de la loi, parfaitement bien assuré. Le nombre des personnes tenues au secret professionnel est plus grand que celui que l'article 378 prévoit. En effet, non seulement le personnel médical, mais le personnel administratif et même subalterne est tenu au secret : le jardinier, le chauffeur, la fille de salle sont tenus de garder le secret de l'accouchement aussi bien que le médecin de l'établissement que le directeur administratif. Toute personne qui, par son emploi à la maison maternelle a connaissance de l'accouchement est astreinte par la loi à se taire.

Le secret professionnel doit être tenu dans les termes de l'article 378 du Code pénal, mais nous avons vu dans notre première partie (Chapitre II) que cet article vient d'être remanié par l'article 90 du Code de la Famille : un deuxième alinéa, qui restreint la portée du secret professionnel en matière d'avortement, vient d'être ajouté à l'ancien texte. Il s'ensuit que les personnes appartenant à la maison maternelle, astreintes au secret, ne tombent pas sous le coup de l'article 378, si elles dénoncent un avortement, commis par une pensionnaire par exemple ou sur la personne d'une pensionnaire, et peuvent fournir leur témoignage à la justice dans une affaire d'avortement sans s'exposer à aucune peine. Il ne leur est pas fait obligation de parler mais elles n'ont pas obligation absolue de se taire.

Les femmes enceintes indigentes, à toute époque de leur

grossesse, seront reçues dans ses établissements sur présentation d'un certificat d'indigence du maire.

Cette mesure, bonne en soi, présente quelques inconvénients dans le cas où l'indigente voudrait bénéficier de l'anonymat : le certificat d'indigence revèle forcément son identité ; il ne peut être établi, en effet, qu'après enquête et il est nécessaire il serait abusif que des femmes de mauvaise foi profitent de la gratuité sur leur simple allégation. Il faut décider des deux maux, lequel est moindre : risquer de voir se perpétuer l'avortement des femmes enceintes indigentes qui ne sont pas du fait de leur pauvreté assurées de l'anonymat, ou laisser quelques femmes, non dénuées de ressources profiter de la gratuité de certains établissements. Il nous semble que nulle hésitation n'est permise. La loi du 3 septembre 1941, comme nous le verrons est venue répondre à cette question et combler cette lacune partiellement.

L'organisation intérieure de chaque maison maternelle est fixée par le préfet après avis du Conseil général : ils arrêtent les modalités d'hébergement et la durée du séjour après l'accouchement. Ce séjour ne peut se prolonger au delà d'un an.

En France, il y a en fait très peu de maisons maternelles ; on est loin d'en avoir une par département. Le décret prévoyant d'ailleurs cette carence d'établissement nous indique, qu'à défaut d'établissement public, des traités approuvés par le préfet après avis du Conseil général, pourront être passés soit avec un autre département, soit avec un établissement privé qui se conformera aux règles prévues pour les établissements publics de même nature. En fait, une large part est laissée en cette matière à l'initiative privée. Nous pouvons cependant citer quelques maisons maternelles établies à Nimes, à la Tronche dans l'Isère ; Lyon compte 2 maisons maternelles. Dans notre région, nous trouvons dans l'Allier la maison départementale d'Huriel, dans le Cantal elle se trouve à Aurillac, à Tulle dans la Corrèze ; au Puy dans la Haute-Loire, dans le Puy de Dome au château des Quayres près de Vic le Comte.

Le plus souvent, c'est un quartier spécialisé de l'hôpital qui sert dans les grandes villes de maison maternelle, telle la Nourricière Départementale établie à l'Hôpital Vinatier à Lyon.

Devant cette carence d'établissements et pour parer à l'avor-

tement provoqué par la misère, on a promulgué la loi du 2 septembre 1941.

Section II

Protection de la naissance et de la première enfance.

I. — *L'article* 98 du Code de la famille qui s'occupe de maisons maternelles protège déjà dans une large mesure la naissance et même la première enfance puisqu'au premier paragraphe, il est dit que ces établissements devront accueillir sans formalité les femmes enceintes et les *mères avec leur nouveau-né*. Nous avons vu que la durée du séjour était au plus de un an.

II. — *Loi du* 2 *septembre* 1941 sur la protection de la naissance.

Cette loi ouvre largement, sans formalité et gratuitement, des établissements hospitaliers publics aux femmes enceintes : elles sont reçues dans des quarties spéciaux de ces établissements.

Avec cette loi, la femme n'a aucune justification à fournir ; elle n'a pas à décliner son identité, ni à *prouver son impécunoisité*. L'établissement lui est ouvert pendant le mois qui précède son accouchement. Elle ne pourra y séjourner qu'un mois après la naissance de son enfant. Ce délai de séjour est beaucoup plus court que celui en vigueur dans les maisons maternelles, qui peut aller jusqu'à un an : les conditions d'admission sont infiniment plus larges ; si les femmes séjournaient trop longtemps, le service arriverait très rapidement à être trop encombré.

La loi indique que pendant le mois qui précède l'accouchement, il ne peut être refusé de lit à une femme qui se présentera en état de grossesse.

La sanction du refus d'admission est une sanction pénale assortie s'il y a lieu de sanctions disciplinaires. La sanction pénale est une peine de un à 6 mois d'emprisonnement et une amende extrêmement élevée de 10.000 à 50.000 francs, le tribunal peut prononcer seulement l'une de ces deux peines.

Les sanctions disciplinaires seront variables suivant la per-

sonne qui est responsable du refus d'admission, elle ne peut être, en tout cas, inférieure à la suppression d'un mois de traitement. Le plus souvent la personne responsable est le directeur de l'établissement : la sanction disciplinaire pourra être alors la destitution de ses fonctions.

La loi du 2 septembre 1941 prévoit dans son article 2, les mêmes sanctions pénales contre l'employeur, qui rompra un contrat de louage de service à l'occasion de la grossesse ou de l'accouchement de son employée.

La femme enceinte est donc maintenant bien protégée. Elle est sûre, avec cette loi, de pouvoir accoucher sans frais, d'être soignée gratuitement avec son enfant pendant le mois qui suit sa naissance, de plus elle retrouvera son travail dès qu'elle sera en mesure de la reprendre.

III. — *La loi du* 16 *décembre* 1942.

La loi du 16 décembre 1942 a fait encore plus.

Dans son titre I, elle protège au point de vue sanitaire et social, les femmes enceintes, les mères ainsi que les enfants de la naissance à l'âge de 6 ans. La protection médico-sociale maternelle et infantile est organisée dans la région sanitaire, qui est elle-même divisée en circonscriptions dans le cadre du département, chaque circonscription contenant un certain nombre de sections. La direction de la protection maternelle et infantile est assurée sous l'autorité du directeur régional de la santé, assisté par le médecin inspecteur de la santé.

L'administration est confiée au service préfectoral d'assistance.

Les directeurs régionaux de la santé et de l'assistance assistés de l'inspecteur des services de l'assistance en assurent le contrôle administratif et financier. Dans le département de la Seine, les attributions conférées aux médecins inspecteurs de la santé et aux inspecteurs des services de l'assistance sont dévolues au directeur général de l'administration de l'Assistance Publique à Paris.

Le délégué régional à la famille contrôle la protection sociale de la mère et de l'enfant dans chaque région.

Le préfet assisté du directeur régional de la Santé et de l'assistance et du délégué régional de la famille veille à la coordination de tous les services sociaux.

Le titre III qui intéresse également notre étude, réglemente les conditions de protection des mères.

Pour bénéficier des allocations en argent versées par l'Etat, les collectivités publiques ou les établissements publics, par les caisses d'assurances sociales ou d'allocation familiales, toute femme enceinte doit suivre les conseils d'hygiène et de prophylaxie qui lui sont donnés par l'assistante sociale.

Elle doit en outre faire l'objet d'au moins deux examens en cours de grossesse, examens pratiqués soit par un médecin au choix de l'intéressée, soit par le médecin du centre de protection maternelle et infantile, soit par un médecin inscrit au service de l'assistance médicale gratuite pour les femmes qui bénéficient de la gratuité.

La sanction de l'inobservation de ces formalités est la suspension partielle ou totale des allocations ; cette sanction est prononcée par l'organisme payeur à la demande du directeur régional de la Santé ou de l'Assistance, de l'inspecteur du travail ou du contrôleur des lois sociales.

La protection sociale incombe à des assistantes sociales qui visitent à domicile les femmes enceintes dont la situation materielle, sanitaire ou morale nécessite une protection particulière.

Le titre V de la loi indique quels sont les établissements concourant à la protection maternelle et infantile dans son article 20.

L'article 21 concerne la surveillance des établissements recevant des enfants.

Le titre VI précise les conditions d'aide aux mères de famille et ce qui nous intéresse, les allocations journalières aux femmes en couche.

Les femmes privées de ressources suffisantes ont droit pendant la période de repos qui précède et suit immédiatement ses couches à une allocation journalière qui ne peut être cumulée avec les secours prévus par la loi du 27 juin 1904.

N'entrent pas en ligne de compte pour l'évaluation des ressources de ces femmes, les ressources temporaires résultant de leur participation à des sociétés de prévoyance et notamment aux mutualités maternelles dont elles peuvent disposer en période de repos.

Cette allocation ne peut être, pour la période qui précède

comme pour celle qui suit, mandatée pendant plus de quatre semaines et l'intéressé doit avoir suspendu l'exercice de sa profession et observé effectuvement le repos compatible avec les exigences de sa vie domestique.

Elle doit avoir subi les deux examens de grossesse exigés par la loi et s'être conformée aux soins d'hygiène prescrits par l'assistante sociale.

Le taux de l'allocation journalière est arrêté pour chaque commune du département par le préfet, après avis du Conseil municipal et du Directeur régional de la santé et de l'assistance. Les limites minima et maxima en seront fixées par décret contresigné par le ministre secrétaire d'Etat aux Finances et par le secrétaire d'Etat à la Santé. Si l'allocation dépasse la limite maxima, l'excédent est à la charge exclusive de la commune.

En cas d'hospitalisation, pendant la durée de celle-ci, l'allocation est réduite de moitié, si l'allocataire n'a pas d'enfant vivant au-dessus de 14 ans.

L'allocation est incessible est insaisissable, elle peut être payée en nature partiellement ou totalement.

L'article 30 précise les modalités de distributions.

L'allocation est supprimée dès que les diverses conditions requises pour avoir droit à l'assistance ne sont plus remplies ou dès qu'il est constaté que des déclarations inexactes ont été fournies par la postulante ; dans ce dernier cas, il y a lieu à répétition de la part du préfet agissant au nom des diverses collectivités intéressées. Cette suppression fait l'objet d'une décision nouvelle dans la forme prévue pour les admissions.

Les personnes appelées à collaborer à la protection de la maternité et de la première enfance sont soumises au secret professionnel, conformément à l'article 378.

L'article 38 édicte les pénalités.

« Quiconque de quelque manière que ce soit aura mis les fonctionnaires ou les agents qualifiés par la présente loi dans l'impossibilité d'accomplir leurs fonctions, sera puni d'une amende de 200 à 3.600 francs sans préjudice de l'application des articles 208 et suivants du Code pénal.

Sont applicables à tous les cas prévus par la présente loi, les aticles 482 et 483 du Code pénal.

Ces lois et mesures nous paraissent nécessaires. Il est encore trop tôt pour apprécier l'efficacité de leurs résultats.

CHAPITRE III

MESURES SE RAPPORTANT A LA LUTTE CONTRE LES AVORTEURS

Le décret-loi du 29 juillet 1939 a essayé, par une répression exemplaire de mettre un frein à l'industrie coupable des avorteurs, il a tenté également par des mesures préventives d'empêcher la naissance des manœuvres abortives. L'aménagement du secret professionnel, les formalités qui président à l avortement thérapeutique, l'organisation de la surveillance des maisons d'accouchement, les garanties qui entourent le diagnostic biologique de la grossesse sont autant de mesures qui doivent donner aux avorteurs la certitude que leurs manœuvres criminelles seront découvertes et que, de ce fait, peuvent les empêcher préventivement d'agir.

Nous avons déjà étudié la limitation du secret professionnel dans notre première partie et nous avons vu quelle influence cette réforme pouvait avoir sur la découverte du délit. Ici les mêmes explications peuvent être reproduites pour montrer que le médecin n'ayant plus l'obligation de se taire, sanctionnée autrefois par l'article 378, pourra, s'il a connaissance de l'activité délictueuse de ces avorteurs, les livrer à la justice. Cette menace suffira-t-elle à tenir ces criminels en respect ? La critique de la réforme que nous avons indiquée trouve également sa place ici.

L'avortement thérapeutique dont nous avons parlé à deux points de vue dans notre première partie peut être également considéré comme un moyen préventif destiné à arrêter l'action des avorteurs. Avant la réglementation indiquée par l'article 87, des avorteurs sous couleur d'avortement thérapeutique nécessité par le danger imminent que courait, disaient-ils, la vie de la mère, se livraient à des avortements criminels, les

médecins de moralité douteuse préférant le gain à leur profession ne savaient pas repousser les sollicitations égoïstes de l'avortée. La réglementation exigée actuellement qui soumet le mécecin au contrôle de deux confrères multiplie les risques courus par le criminel d'être découvert par la justice. De toute façon, nous avons vu, qu'en l'absence de formalités il aurait à répondre d'un avortement criminel sauf à prouver sa bonne foi. Nous nous sommes déjà expliqués sur la valeur de ces formalités et sur la possibilité qu'a ces médecins de mentalité douteuse d'obtenir la complicité de deux confrères de la même moralité. Néanmoins, cette mesure empêche le médecin traitant de se livrer à son industrie coupable en toute tranquillité et sans aucun concours : s'il veut être couvert, les deux confrères doivent assister à la consultation d'où doit sortir l'ordonnance exigée par la loi ; s'il néglige les formalités, la justice lui en demandera compte. Ce sont tout de même des difficultés, qui, si elles ne sont pas très grandes, sont ajoutées, par la loi nouvelle aux actions des médecins criminels.

Il nous reste donc à étudier les deux mesures préventives que nous avons citées au début de ce chapitre.

Dans une section I nous verrons comment est organisé la surveillance des maisons d'accouchement.

Une section II traitera du diagnostic biologique de la grossesse.

Section I

Surveillance des maisons d'accouchement

Dans les grandes villes bien souvent, le vocable « maisons d'accouchement » sert à désigner en réalité, des maisons où l'avortement est pratiqué bien plus fréquemment que l'accouchement ; où les naissances sont en fait inexistantes. Ces prétendues cliniques d'accouchement sont en réalité des officines d'avortement habilement camouflées. Leur clientèle, composée de femmes désireuses de se faire avorter ou parfois même de se faire soigner après une opération maladroite exécutée par une matrone dépourvue de connaissances et de principes moraux, était recrutés par les annonces, réclames, faites dans les revues

ou journaux quotidiens : publicité à peine déguisée laissant facilement entendre au lecteur perspicace quelle était la fonction réelle de l'établissement prôné. De plus avant 1939, le secret médical absolu empêchait le personnel de ces maisons de révéler à quel travail on y procédait. L'article 90 du Code de la famille n'en ayant pas fait au personnel une obligation, on pouvait redouter leur silence en cas d'enquête.

Pour empêcher la création et le fonctionnement de tels établissements et pour pallier aux inconvénients exposés, le Code de la Famille a organisé la surveillance des maisons d'accouchement dans son titre Ier, section II.

En 1855, Tardieu proposait déjà comme moyen propre à prévenir les avorteurs « l'établissement d'une surveillance aussi ferme que vigilante sur les maisons privées d'accouchements ».

En 1910, le Congrés des médecins praticiens s'était élevé contre cette surveillance qui avait été proposée à son assemblée par le docteur Bertillon [1].

Le projet Lannelongue avait organisé cette surveillance [1]. Le Code de la Famille s'est largement inspiré de cette proposition de loi.

Les articles 93, 95, 97 du décret-loi du 29 juillet 1939 assujetissent à autorisation l'ouverture des maisons d'accouchement.

L'article 94 pose le principe de surveillance administrative de ces établissements.

L'article 96 interdit toute publicité où celle organisée en faveur des établissements autorisés par l'administration.

§ 1. — *Autorisation d'ouverture.*

I. — *Quels sont les établissements soumis à autorisation préalable.*

Aux termes de l'articoe 93, les établissements soumis à autorisation sont : « Toute clinique ou maison d'accouchement, ou établissement privé recevant habituellement à titre onéreux ou gratuit et en nombre quelconque des femmes en état réel, apparent ou présumé de grossesse ».

1. Rioufol, *op. cit.*, p. 190 et suiv.

Cette définition est exactement calquée sur celle que donne l'article 1er du projet général de loi voté par le Sénat en 1919 : *Article* 1er : « Est considéré comme maison d'accouchement, pour l'application de la présente loi, tout établissement privé dans lequel à titre onéreux ou gratuit, et en nombre quelconque les femmes sont admises, soit pour y faire leurs couches, soit afin d'y être soignées pour les suites immédiates des couches ».

La seule différence est que l'article 93 exige que l'établissement reçoive *habituellement* des femmes enceintes : n'est pas assujettie à cette demande d'autorisation une clinique qui, occasionnellement admet une femme enceinte.

II. — *Personnes devant demander l'autorisation.*

« Nul ne peut ouvrir ou diriger... » dit l article 93. L'expression « nul » est tout à fait générale et sert à désigner n'importe quelle personne.

Il n'est donc pas indispensable que la maison soit ouverte par un médecin ; et même les médecins ou personnes spécialisées, par la généralité de cette formule, sont soumis à cette demande d'autorisation préalable.

Le règlement d'administration publique annoncé par le deuxième paragraphe de l'article 93 et paru le 21 mai 1940, nous apporte quelques précisions.

Dans son article 1er il expose que : « Sous l'application des article 93, 94 et 95, du décret du 29 juillet 1939 et du présent décret, est considéré comme ouvrant et dirigeant l'un des établissements d'accouchement visés par lesdits articles, toute personne qui entreprend ou poursuit l'exploitation de cet établissement, qu'elle en assure ou non la direction médicale ».

Il importe donc peu que le propriétaire de l'établissement en assure la direction médicale ; il peut n'assurer que la direction administrative, même ne pas diriger du tout et avoir procédé à l'ouverture de cette maison dans un but philantropique. La maison peut être ouverte par un particulier, une œuvre de bienfaisance : par une société dans un but de bienfaisance ou commercial, en effet, aux termes de l'article 2 du règlement : « Toute personne physique ou morale qui se propose d'entreprendre ou de poursuivre l'exploitation de l'un des établisse-

ments d'accouchement visé aux articles 93, 94 et 95 du décret susvisé du 29 juillet 1939, formule une demande écrite ».

Les demandes d'autorisation doivent être faites également par les établissements déjà ouverts.

L'article 2 du projet de loi Lannelongue faisait déjà toutes ces distinctions. *Article* 2 : « Une maison d'accouchement peut être ouverte et tenue par un particulier, par une œuvre de bienfaisance ou par une société, à la condition que la direction médicale effective soit assurée par un médecin ou une sage-femme.

Toute personne, toute œuvre de bienfaisance ou société se proposant d'ouvrir, de tenir, de diriger ou de transférer, même temporairement une maison d'accouchement, doit demander l'autorisation ... ».

III. — *Formes de la demande d'autorisation.*

L'article 2 du règlement d'administration publique précise la forme dans laquelle on doit faire cette demande. Par écrit, sur papier timbré, sauf s'il s'agit d'un établissement relevant de l'Etat, d'un département, d'une commune ou d'un établissement public ; en ce cas la demande peut être faite sur papier libre. Elle doit être signée du fonctionnaire compétent.

Elle mentionne les nom, prénoms, profession, nationalité, domicile des administrateurs ou gérants responsables. L'article 3 prescrit de joindre à la demande une déclaration énonçant les nom, prénoms, adresse et titres scientifiques du médecin ou de la sage-femme chargé d'assurer la direction médicale effective et permanente de l'établissement et y résidant : les pièces justifiant de la possession par le médecin et la sage-femme du diplôme exigé pour l'exercice de son art doivent être annexées à la demande.

La même déclaration doit faire connaître les nom, prénoms, adresse et titre scientifique du médecin ou de la sage-femme devant, en cas d'empêchement, remplacer le médecin ou la sage-femme mentionnés plus haut et être appuyées en ce qui concerne ce suppléant ou cette suppléante des pièces justificatives de leur titre. Le bulletin n° 3 du casier judiciaire de l'auteur ou de chacun des auteurs de la demande doit être joint à celle-ci : si la demande est présentée par une personne morale,

on doit y joindre le bulletin n° 3 du casier judiciaire des administrateurs ou gérants responsables. S'il s'agit d'un établissement relevant de l'Etat, du département, d'une commune ou d'un établissement public, cette pièce n'est pas exigée.

Ce n'est d'ailleurs pas une pièce très intéressante. Nombreuses sont les condamnations qui ne figurent pas sur le bulletin n° 3 : les condamnations avec sursis qui pourtant aux termes de l'article 84 du Code de la famille entraînent une incapacité de diriger une maison d'accouchement. Il vaudrait mieux obliger les auteurs de la demande à fournir le bulletin n° 2. Il est vrai qu'aux termes de l'article 4 du règlement d'administration publique. « Le préfet peut faire procéder à une enquête et requérir s'il y a lieu, de l'autorité judiciaire, concernant les personnes mentionnées sur la demande, le bulletin n° 2 ». Mais ce sera le préfet qui décidera souverainement des cas dans lesquels il y aura lieu de requérir le bulletin n° 2.

Peut-être aurait-il été préférable, d'après M. Roux[1], de modifier l'article 4 de la loi du 5 août 1899 et d'adcorder aux préfets, le droit de demander les bulletins n° 2 des auteurs de demande d'autorisation et même ceux du personnel des maisons d'accouchement, en raison de l'incapacité créée par l'article 84 du Code de la famille. La demande et les pièces sont adressées au préfet du département dans lequel fonctionne ou doit fonctionner l'établissement et dans le département de la Seine, au préfet de police. Le préfet doit délivrer récépissé faire procéder à une enquête. Il statue sur cette demande, après avoir pris l'avis de l'inspecteur départemental de l'hygiène chargé du service de protection de la maternité et de l'enfance.

La décision est notifiée à l'auteur de la demande par voie administrative.

Article 5. — L'autorisation ne peut être accordée aux personnes ayant fait l'objet d'une condamnation, soit à une peine afflictive et infamante, soit pour infraction à l'article 317 ou aux dispositions de la loi du 31 juillet 1920 ou aux articles 345 et 346, 400, paragraphe 1-2, 401, 405, 406, 407,408, 460, 461 du Code pénal ou aux dispositions de l'article 91 du décret du 29 juillet 1939, soit pour tentative ou complicité de ces délits.

1. Roux, *Lois nouvelles, loc. cit.*, p. 125 et 126.

Le titre II du règlement donne des prescriptions d'hygiène concernant les locaux (art. 7, 8 et 9).

Le titre III traite du fonctionnement des établissemenfs.

Ces établissements autorisés doivent envoyer au préfet la liste de toutes les personnes employées dans leur établissement avec indications de leurs nom, prénoms, profession, nationalité et domicile. A cette liste doivent être joints les bulletins n° 3 du casier judiciaire de chacune de ces personnes. Les infirmières, doivent être pour rues du diplôme d'Etat.

Les articles 14, 15 et 16 fixent les règles d'admission des femmes enceintes et de contrôle des naissances.

L'établissement doit inscrire sur un registre côté et paraphé par le maire ou le commissaire de police l'entrée de toute femme enceinte en état de grossesse réel apparent ou présumé. Chaque entrée porte un numéro d'ordre. La déclaration des noms, prénoms et domicile de la personne hospitalisée est facultative. La femme peut donc si elle le désire garder secrète son identité.

Les établissements doivent encore tenir un registre journal coté et paraphé où sont inscrits, par ordre, la date sans indication de nom de l'accouchée ou de la malade, mais avec mention du n° d'ordre afférent à l'inscription de son entrée, tous les accouchements et, s'il y a lieu, toutes les interventions chirurgicales ayant eu lieu dans l'établissement. En cas d'accouchement, l'heure de l'accouchement le jour et l'heure de la déclaration faite à la mairie, la mention de l'observation des prescriptions de l'article 87 du décret loi de 1939 dans le cas d'intervention chirurgicale ou d'emploi d'une thérapeutique susceptible d'entraîner l'interruption de la grossesse. Mention est faite, le cas échéant, des circonstances de force majeure ayant rendu impossible l'accomplissement de tout ou partie de ces formalités.

Toute intervention chirurgicale doit porter l'émargement du médecin ou du chirurgien.

Le médecin ou la sage-femme ayant la direction effective permanente de l'établissement ou son suppléant doit veiller personnellement à la tenue régulière du livre journal.

D'après l'article 95 du Code de la famille « Le préfet peut à toute époque prononcer le retrait de l'autorisation prévue à l'article 93 sur le rapport de l'inspecteur départemental d'hygiène ».

Ce retrait d'autorisation n'est pas réglementé par le décret d'administration publique.

IV. — *Sanctions du défaut de demande d'autorisation ou d'inobservation des conditions de celle-ci.*

Le paragraphe 3 de l'article 93 prévoit cette sanction.

« Toute personne qui ouvre ou dirige sans autorisation un des établissements visés au paragraphe précédent ou qui néglige de ce conformer aux conditions de l'autorisation est punie d'une amende de 1.000 à 5.000 francs, l'établissement pourra en outre être fermé ».

La peine est donc une peine d'amende et la fermeture de l'établissement prononcée facultativement par le tribunal. La proposition Lannelongue était plus sévère, elle prévoyait également une peine d'emprisonnement et la fermeture était obligatoire et définitive.

Le délit réprimé par l'article 93-3° est aussi bien le délit commis par le propriétaire de l'établissement l'ayant ouvert pour son compte et le dirigeant lui-même que celui commis par celui qui assure les fonctions de directeur d'un établissement appartenant à un autre « Toute personne qui ouvre ou dirige... » dit l'article 93.

Cette sanction est infligée pour défaut de demande d'autorisation : elle est appliquée également en cas d'ouverture d'un établissement après refus d'autorisation.

Le délit est un délit continu ; ce n'est pas seulement le fait d'ouvrir un établissement sans se conformer aux prescriptions de la loi qui constitue l'infraction, mais le fait qu'il demeure ouvert et fonctionne sans autorisation. La prescription du délit court donc du jour de la fermeture de l'établissement, jour où le délit a cessé.

Ces sanctions sont encore applicables au cas où à la suite d'un retrait d'autorisation aux termes de l'article 95, le coupable a néanmoins continué à laisser fonctionner son établissement. Mais c'est du jour de la notification du retrait par le préfet que l'établissement fonctionne irrégulièrement. La personne privée d'autorisation peut évidemment s'élever contre le retrait dans la forme contentieuse devant les tribunaux

administratifs. Si ceux-ci reconnaissent que le retrait est abusif, il n'y a pas lieu à l'application des sanctions de l'article 93-3°.

« En cas de récidive, dans les trois ans, le coupable sera puni d'un emprisonnement de 6 jours à 2 ans, l'amende ne pourra être inférieur à 2.000 francs et la fermeture de l'établissement sera obligatoire, le tout sans préjudice des peines plus fortes encourues notamment du fait des crimes et délits prévus par les articles 317, 345 et 351 du Code pénal et par la loi du 31 juillet 1920 » article 93-3° *in fine*. L'amende sera au moins portée au double du minimum prévu pour l'infraction au cas de récidive, une peine de prison peut être prononcée et la fermeture de l'établissement sera obligatoire ».

Il y a récidive lorsqu'une personne condamnée pour avoir ouvert ou dirigé un établissement sans autorisation, ouvre et dirige sans autorisation un nouvel établissement dans les 3 ans qui suivent le premier jugement devenu définitif.

On peut encore supposer que la personne condamnée une première fois sans ouvrir un nouvel établissement, ne régularise pas sa situation, néglige de demander l'autorisation et continue à diriger son établissement. Il n'est pas nécessaire qu'après la première condamnation, il y ait eu fermeture effective de l'établissement régulier. M. Roux[1] pense qu'on assimile les deux délits suivants au point de vue de la récidive ; celui d'ouverture d'un établissement sans autorisation et le délit de *direction* d'un établissement non autorisé.

Il était inutile de prévoir que les peines édictées pour ces délits ne mettraient pas obstacle à l'application des peines plus fortes encourues pour les délits prévus par l'article 317, etc. Les peines prévues à l'article 93 s'appliquent à des infractions distinctes et ne peuvent pas être confondues avec celles encourues pour les délits visés à l'article 317. L'énumération des délits faite à l'article 93 n'est pas limitative puisqu'elle est précédée du mot « notamment ».

M. Roux précise que cette énumération inutile au point de vue juridique montre les dangers que la loi nouvelle a voulu combattre « lutte contre les officines d'avortement où se pratiquent dans un but pécuniaire l'avortement, contre les maisons

1. Roux, *loc. cit.*, p. 128.

où l'on conseille l'avortement dans un but de propagande, et celles où l'on n'hésite pas à faire disparaître le produit de la conception ».

§ 2. — *Surveillance des maisons d'accouchement*

L'article 94 dans ses deux paragraphes prescrit la surveillance des maisons d'accouchement et indique la sanction contre quiconque fait obstacle à cette surveillance.

La surveillance est exercée au nom du préfet par l'inspecteur départemental d'hygiène ou par son adjoint et par les commissaires de police.

La proposition Lannelongue dans son article 4 prévoyait cette surveillance comme il suit. « Les dites maisons sont placées sous la surveillance du préfet et dans le département de la Seine du préfet de police.

Cette surveillance d'exercer régionalement par l'entremise de médecins désignés par le ministre de l'Intérieur sur la proposition des Facultés de Médecine, des Facultés mixtes de Médecine et de Pharmacie, qui constituent autant de centres régionaux. Les médecins surveillants ainsi désignés exercent leurs fonctions sous la direction des préfets qui leur adjoignent s'il y a lieu des agents administratifs.

La surveillance était confiée à des personnes plus spécialisées.

Les fonctionnaires cités à l'article 94-1° ont des pouvoirs exhorbitants du droit commun ; ils peuvent pénétrer à toute heure du jour ou de la nuit dans les établissements soumis à autorisation et procéder à toutes investigations, constatations, enquêtes, jugées par eux utiles. Les règles d'inviolabilité de domicile n'existent plus en la matière.

L'article 94-2° indique à quelle sanction s'expose celui qui fait obstacle aux inspections prévues par le premier paragraphe : la peine encourue est un emprisonnement pouvant aller de 6 jours à 6 mois et une amende de 500 à 3.000 francs : la fermeture de l'établissement peut être facultativement prononcée par le tribunal.

La proposition Lannelongue, dans son article 6, prévoyait les mêmes sanctions pour ce même délit. Elle précisait que la fermeture de l'établissement ne serait pas prononcée si le coupable est un employé à gages ou un commis ayant agi sans

ordre. Cette précision est judicieuse, en effet pourquoi faire retomber sur le directeur ou propriétaire de l'établissement, en fermant sa maison, les conséquences d'une faute ou d'une maladresse de ses employés ayant agi sans ordre.

Ce cas n'est pas prévu au décret-loi de 1939 : le terme quiconque s'applique aussi bien au directeur, qu'au personnel agissant en service commandé ou à l'occasion de ses fonctions, au médecin, sage-femme, malade ou tiers se trouvant dans l'établissement. La loi aurait dû préciser qu'elle entendait désigner plus spécialement les personnes s'occupant dans l'établissement des questions administratives.

L'article 94 s'applique aux établissements autorisés ou non. Le pouvoir de surveillance de l'administration peut donc s'exercer aussi bien sur les établissements non autorisés, ce qui est normal et prudent : en effet la plupart du temps non seulement les établissements non autorisés sont en contravention avec l'article 93 mais de plus ce sont des établissements clandestins où l'avortement se pratique. C'est surtout ceux-là qu'il faudra surveiller et visiter : les établissements autorisés en règle avec la loi n'ont parfois rien à cacher et leur fonctionnement n'est pas un mystère tel, que les inspections prévues par l'article 94 soient une gêne considérable.

Les fonctionnaires qualifiés pour ces visites seront souvent amenés à découvrir non seulement des infractions aux articles 94, 95, 96 et 97, mais toutes les infractions abortives réprimées par le Code de la famille.

Ces perquisitions ont lieu le plus souvent sur dénonciations renseignements fournis aux fonctionnaires sur l'établissement visité.

Supposons que la surveillance se soit exercée à la suite de renseignements inexacts sur un établissement qui n'est pas une clinique, une maison d'accouchement ou un établissement privé recevant habituellement des femmes enceintes. Supposons en outre que l'inspection n'ait rien relevé d'irrégulier dans le fonctionnemet de cet établissement. Si le directeur, lavé de tout soupçon, après cette visite, a tenté d'y mettre obstacle, il ne tombe certainement pas sous le coup de l'article 94-2°, son établissement ne répondant pas à la définition posée par l'article 93, condition exigée pour encourir la sanction de l'article 94. Le directeur innocent pourra porter plainte

pour dénonciation calomnieuse et agir en responsabilité, suivant le droit administratif, contre le fonctionnaire ou l'administration ayant exercé illégalement, abusivement la surveillance de son établissement.

Lorsque la fermeture de l'établissement a été prononcée par application de l'article 94, en cas de réouverture de l'établissement nonobstant cette sanction, il y a délit de l'article 93-3° : établissement ouvert sans autorisation.

Cette interprétation n'est pas indiquée formellement par la loi et pourra donner lieu à des discussions en jurisprudence. D'aucuns ne manqueront pas de prétendre que dans le silence des textes, l'infraction à la fermeture de l'établissement prononcée par application de l'article 94-2° demeure sans sanction judiciaire. Le préfet pourra évidemment prononcer le retrait d'autorisation, sanction purement administrative qui entraîne la fermeture de l'établissement et qui peut être intervenir à tout moment.

§ 3. — *Interdiction de publicité.*

Cette interdiction est formulée par l'article 96 : « Toute publicité de caractère commercial, sous quelque forme que ce soit, concernant ouvertement ou d'une manière déguisée la grossesse ou l'accouchement est interdite, sauf en faveur des établissements autorisés dans les conditions de l'article 93 de la présente section, ainsi que dans les publications exclusivement réservées au corps médical ».

Toute publicité concernant la grossesse et l'accouchement est donc interdite.

Elle n'est admise qu'en faveur des établissements régulièrement autorisés ou dans les publications exclusivement réservées au corps médical.

Cette interdiction est venue à la suite de la publicité abusive par annonces que faisaient des médecins et sages-femmes et qui étaient, en réalité, l'indication au grand public d'adresses d'avorteurs ou d'avorteuses professionnels ; pour réduire le nombre des avortements, il fallait empêcher cette publicité scandaleuse. Cependant, on ne pouvait la supprimer totalement : les maisons honorables et les sages-femmes honnêtes n'avaient que ce seul moyen de se faire connaître. C'est pourquoi la loi

n'interdit que « la publicité de caractère commercial sous quelque forme que ce soit concernant ouvertement ou de manière déguisée la grossesse et l'accouchement » : elle veut viser tout particulièrement les annonces indiquant tel remède susceptible par exemple de provoquer un retour de règles » ou recommandant à une femme inquiète l'adresse de telle sage-femme. M. Roux [1] a procédé à une enquête sur la question de publicité, il y a plusieurs années : une quinzaine d'adresses ont été relevées dans divers journaux ou revues, voire même dans des revues familiales ; des lettres ont été adressées à toutes les sages-femmes, se recommandant de leur discrétion, pour leur demander si elles accepteraient de pratiquer un avortement : on leur demandait de préciser la date de l'intervention et le prix. M. Roux ajoute : « Toutes ont répondu, sans exception, sans écrire le mot avortement, en indiquant le prix qui était d'ailleurs le même, sauf pour une d'elle qui était plus chère, sans doute parce qu'elle était officier d'académie : et en précisant la date favorable ». Cette correspondance a été signalée aux journaux et revues qui publiaient les annonces. Quelques uns sérieux ont suspendu immédiatement cette publicité. Les autres l'ont continuée invoquant qu'ils étaient liés par un contrat.

Actuellement, de telles annonces sont interdites. Seules les annonces faites par les établissements autorisés parce qu'ils sont surveillés et celles paraissant dans les publications réservées au corps médical sont permises.

Mais si ces publications réservées au corps médical étaient mises en vente ou offertes à toute personne, les annonces publicité susvisées seraient interdites. Le projet Lannelongue dans son article 9 visait cette publicité que nous étudions. « En aucun cas, les directeurs, directrices ou propriétaires des dites maisons ne pourraient recourir à la publicité, notamment par voie d'annonces, de prospectus, d'enseignes, si ce n'est pour indiquer leurs noms, titres, qualité, adresse ainsi que les conditions d'admission et de séjour ».

En cas d'infraction à ces prescriptions, les délinquants seront frappés de peines de l'article 5 et l'autorisation pourra être retirée ».

Cette proposition de loi était beaucoup plus sévère que notre

1. Roux, *loc. cit.*, p. 131, note 43.

actuel 96, elle réglementait la publicité faite même par les établissements autorisés et assortissait d'une sanction la contravention a ces prescriptions.

L'article 96 demeure sans sanction. C'est une grave lacune ; la sanction, prévue par la loi du 31 juillet 1920, article 1er contre « quiconque aura provoqué à l'avortement par la publicité de cabinets médicaux ou soi-disant médicaux par annonce », n'est pas applicable à toute publicité : il faut que l'annonce ait pour but de provoquer à l'avortement et nous avons vu combien la preuve de cet élément intentionnel était difficile. Un nombre important d'annonces suspectes restent impunies.

Dans le cas où cette publicité est faite par ces établissements d'accouchement non autorisés, l'attention des fonctionnaires chargés de surveiller ces établissements est attirée et par enquête ils peuvent déterminer si cette publicité avait un but délictueux de provocation à l'avortement ; de plus la maison encourrait la sanction de l'article 93 pour défaut d'autorisation.

Mais la publicité individuelle faite au mépris de l'article 96 par des sages-femmes, par exemple, pratiquant soi disant des accouchements à domicile ou par des pharmaciens vantant tel remède nécessaire à la bonne évolution de la grossesse reste sans sanction : ils n'ont pas d'établissements au sens de l'article 93 et la difficulté est très grande de montrer que l'annonce avait pour but de provoquer l'avortement. C'est pourtant le cas de publicité qui se présente le plus fréquemment : il est très rare qu'une maison d'accouchement non autorisée, déjà en fraude avec la loi, attire l'attention par une publicité dangereuse.

On ne peut voir dans la publicité individuelle un acte d'exercice illégal de la médecine ou de l'art des accouchement. La législation sur la presse ne permet pas davantage de poursuivre le gérant des journaux qui publient de telles annonces. Les dispositions relatives à la surveillance des maisons d'accouchement étaient applicables, dans un délai de 6 mois à dater de sa publication.

Section II

Diagnostic biologique de la grossesse

Le diagnostic biologique de la grossesse est soumis à une réglementation très stricte. Elle a pour but de donner une certaine publicité, une certaine note officielle au fait que la femme est enceinte pour empêcher celle-ci, désireuse d'avoir très tôt par ce procédé la certitude de sa grossesse, d'en arrêter le cours. C'est dans ce but que l'article 92 a été rédigé et modifié peu après sa promulgation par le décret-loi du 16 décembre 1939[1]. L'article 7 qui remplace l'article 92 du décret du 29 juillet 1939 est beaucoup plus complet : il prévoit notamment une sanction pour les contrevenants.

Le principe essentiel subsiste, le diagnostic biologique ne pourra être exécuté que sur ordonnance médicale, par les hôpitaux et laboratoires habilités par le ministre de la Santé Publique : le nouveau texte exige que cette ordonnance soit datée et signée et transcrite sur un registre coté et paraphé par le maire ou le commissaire de police, avant même l'exécution du diagnostic. Ce registre ne devra comporter aucun blanc, rature ou surcharge.

Ces inscriptions indiquent les noms, adresse de l'auteur de la prescription et de la personne dont l'état fait l'objet du diagnostic et la pièce d'identité de celle-ci.

Le décret du 18 mai 1940[2], précise les modalités d'application de l'article 93. Un décret du 19 mars 1940[3] indique les conditions d'ouverture et de fonctionnement exigées pour les établissements pratiquant le diagnostic biologique de la grossesse.

A. — *Fonctionnement des laboratoires.*

Le décret du 18 mai 1940 considère comme ouvrant ou dirigeant un laboratoire qui exécute le diagnostic biologique de la grossesse, toute personne qui entreprend ou poursuit

1. *J. off.*, 18 décembre 1939.
2. S.L. 19 mai 1940, p. 3127.

l'exploitation d'un de ces laboratoires même si elle n'en assure pas elle-même la direction technique (art. 1er) : le décret s'applique donc aussi bien aux laboratoires nouvellement créés qu'aux laboratoires existant du moment que l'on en « poursuit » l'exploitation. Article 1er, 2e et 3e alinéa : « Sont seuls habilités à exécuter le diagnostic de la grossesse les laboratoires, dont les exploitants s'étant conformés aux prescriptions des articles 15, 15 et 17 du décret du 19 mars 1940 portant réglement d'administration publique pour l'application du décret du 29 novembre 1939 (maladies vénériennes) ont été aggréées par le ministre de la Santé publique.

Les dispositions des articles 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 44 du présent décret susvisé sont applicables aux laboratoires visés au paragraphe précédent du présent article ».

Aux termes des articles 15, 16 et 17 du décret du 29 novembre 1939, la direction effective et permanente du laboratoire doit être assurée par un praticien remplissant les conditions exigées pour l'exercice, en France, soit de la médecine, soit de la pharmacie, soit de l'art vétérinaire, ou par des docteurs es-sciences pourvus d'un diplôme d'Etat ; les uns et les autres possédant en matière de bactériologie, sérologie et chimie biologique certains diplômes ou certificats. Mais aux termes de l'article 24, « les praticiens ayant depuis un an, à la date de la publication du présent décret, la direction effective et permanente de l'un des laboratoires auxquels s'appliquent les dispositions du pésent décret, peuvent s'ils remplissent les conditions exigées pour l'exercice en France soit de la médecine de la pharmacie ou de l'art vérérinaire figurer valablement dans les déclarations prévues aux articles 17 et 20 même s'ils ne possèdent pas leurs certificats d'études supérieures et diplômes prévus dans la partie finale du paragraphe 2 de l'article 15 ci-dessus ».

Suivant que le laboratoire comprend plus de 10 ou plus de 30 employés, le directeur doit être assisté d'un adjoint possédant les mêmes titres.

Un directeur suppléant doit toujours être désigné d'avance pour remplacer, en cas d'empêchement, dans les 48 heures, les directeurs et directeurs adjoints. On ne peut diriger plus d'un laboratoire mais les directeurs suppléants peuvent être nommés dans plus d'un laboratoire.

Article 16 : « Toute personne physique ou morale qui se propose d'entreprendre ou de poursuivre l'exploitation d'un laboratoire d'analyses médicales, autorisé à effectuer les examens sérologiques nécessaires au diagnostic de la syphilis formule une demande écrite ».

Il faut remplacer les mots « examens sérologiques nécessaires au diagnostic de la syphilis » par « examens biologiques nécessaires au diagnostic de la grossesse ». La demande doit être faite sur papier timbré et mentionner les noms, prénoms, professions, nationalité et domicile de son auteur ; si la demande est faite par une personne morale (société, association, fondation) elle doit mentionner les noms, prénoms, professions, nationalités et domiciles des administrateurs ou gérants responsables. Toutefois si le laboratoire relève de l'Etat, du département, de la commune ou d'un établissement public la demande est rédigée sur papier libre et il suffit qu'elle soit signée du fonctionnaire préposé à la direction du laboratoire.

Article 17. — « A la demande est jointe une déclaration énonçant les noms, prénoms, adresse et titre scientifique du praticien ou des praticiens chargés d'assurer en qualité de directeur, directeur suppléant ou adjoint, la direction du laboratoire faisant l'objet de cette demande. Les justifications de la possession par ces praticiens des diplômes et certificats mentionnés à l'article 15 y sont également jointes.

Les articles 18 à 24 de ce règlement d'administration publique indiquent que la demande d'autorisation doit être adressée au préfet du département où se trouve ce laboratoire, lequel en délivre récépissé. Le préfet le transmet avec ses propositions et l'avis de l'inspecteur départemental de l'hygiène au ministère de la Santé Publique. Il est statué par décision ministérielle, après avis du Conseil Supérieur d'hygiène. Le ministre tient à jour la liste des laboratoires agréés, chaque laboratoire a sur cette liste un numéro d'inscription qui devra figurer sur tous les comptes rendus d'analyses émanant du laboratoire.

Toute modification dans le personnel des directeurs, directeurs-adjoints ou suppléant doit être signalée au préfet qui en informe le ministre de la Santé publique.

Tout compte tenu d'analyse doit être signé du directeur au laboratoire.

L'autorisation ministérielle peut être retirée pour inobservation des conditions dans lesquelles elle a été accordée, ou sur l'avis conforme du Conseil Supérieur d'hygiène, si le laboratoire a été reconnu dangereux pour la santé publique.

L'article 2 du règlement d'administration publique du 18 mai 1940 stipule : « Le directeur ou à son défaut le directeur adjoint ou suppléant, doit veiller personnellement à la tenue régulière du registre prévu à l'article 92 et à l'inscription sur ce registre des indications prescrites par cet article.

La responsabilité du directeur est donc engagée : les employés travaillent sous le contrôle direct ce qui explique, que pour une surveillance effective et plus attentive, le nombre des directeurs varie en fonction directe du nombre des employés.

L'article 3 de ce même règlement est conçu comme il suit : « Sont seuls habilités à exécuter le diagnostic biologique de la grossesse les cliniques et établissements hospitaliers de toute nature, publics ou privés qui possèdent un laboratoire fonctionnant en conformité des prescriptions des articles 1 et 2 ci-dessus et de celles du décret sus-visé du 19 mars 1940 ».

B. — *Pénalités.*

Le paragraphe 2 de l'article 92 prévoit une pénalité pour l'inobservation des prescriptions de l'article 92-1°, qui est un emprisonnement de 3 mois à 2 ans et une amende de 500 à 5.000 francs. Cette sanction s'applique à toute fraude ou fausse déclaration tendant à contrevenir aux dispositions de cette loi. On punit donc le fait de ne pas transcrire l'ordonnance sur le registre *ad hoc* ou de la transcrire avec blancs, ratures, surcharges, de donner le résultat de l'analyse avant d'avoir transcrit l'ordonnance, de faire le diagnostic biologique sans s'être fait remettre l'ordonnance, ou le fait de donner une fausse identité au laboratoire ou au docteur ayant rédigé l'ordonnance le fait de ne pas avoir exigé la remise de la carte d'identité.

Les personnes poursuivies sont le directeur, le directeur-adjoint ou suppléant. Le paragraphe 4 de l'article 92 punit différemment d'une amende de 100 à 500 francs toute personne qui ouvre ou dirige sans autorisation un des établissements visés au premier alinéa ou qui néglige de se conformer aux

conditions d'autorisation. En cas de récidive dans les cinq ans la peine est portée au double.

Ainsi cette personne est moins sévèrement punie qu'un directeur de laboratoire habilité qui a omis une des formalités prévues à l'article 92-1°. Cet état de choses est choquante : il semble plus grave d'ouvrir un laboratoire non autorisé que d'omettre de transcrire une ordonnance sur un registre.

La personne punissable en vertu des paragraphes 4 et 5 de l'article 92 est celle qui entreprend ou poursuit l'exploitation du laboratoire même si elle n'en assure pas elle-même la direction technique ; même si cette direction est effectivement assumée par un tiers appointé, c'est elle qui sera poursuivie. La fermeture de l'établissement peut être facultativement prononcée par le tribunal. Cette sanction s'applique aussi bien aux laboratoires autorisés dans lesquels ont été commises les infractions de l'article 92-1° qu'aux laboratoires fonctionnant sans autorisation.

Les infractions au règlement d'administration publique prévu au paragraphe 3 de l'article 92 paru le 18 mai 1940 et qui détermine les conditions d'ouverture et de fonctionnement des laboratoires seront sanctionnées par les peines prévues aux alinéas 2, 4 et 5 de l'article 92.

Toute infraction, à ce règlement et par conséquent au décret au 19 mars 1940 auquel il renvoie, est une infraction visée l'article 92.

CONCLUSION

Quels sont les résultats obtenus dans la répression par les lois nouvelles ? Les statistiques vont nous l'indiquer. Les statistiques de 1940 et de 1941 sont très incomplètes : nous avons pu obtenir les résultats des poursuites pour l'année 1942, pour le délit d'avortement. Les chiffres que nous allons indiquer donnent ces résultats pour toute la France.

Affaires	Prévenus	Résultats des poursuites				Non-lieux	Sursis	Appels
		Acquittés	Condamnés à plus d'un an de prison	Condamnés à moins d'un an	Condamnés à l'amende			
2448	5983	115	1019	2963	204	18	393	91

Etudions ces chiffres et comparons les à ceux publiés pour l'année 1936 par le ministère de la Justice pour ce même délit :

Affaires	Prévenus	Résultats des poursuites				Récidivistes	Sursis
		Acquittés	Condamnés				
			A plus de un an de prison	A moins d'un an	A l'amende		
205	434	89	46	288	11	37	164

A première vue, l'on peut constater que les chiffres des poursuites exercées depuis la réforme sont beaucoup plus élevés.

On remarque qu'en 1942, le chiffre des non lieu est 18 ; nous ne pouvons pas le comparer avec celui de l'année 1936 que nous ne connaissons pas, mais nous pouvons juger de la modicité en valeur absolue de ce chiffre.

Cela signifie qu'il y a eu très peu de dénonciations calomnieuses : dans la majorité des cas quand le parquet a été saisi il y avait bien délit avec charges suffisantes pour renvoyer à la juridiction de jugement De plus la preuve du délit a été aménagée, le juge d'instruction arrive presque toujours à établir l'existence de l'avortement et le nombre des affaires classées sans suite est en régression très nette.

Pour toute la France en 1936, le nombre des affaires était 205 ; en 1942 il est 2.448, plus de 10 fois ce qu'il était avant la réforme : cette augmentation considérable du nombre des affaires portées devant les tribunaux est imputable à la grande facilité d'incrimination du délit : la tentative étant poursuivie alors même que la femme n'est pas enceinte, ne nécessitant donc pas la preuve de la grossesse est la réforme la plus importante et celle qui a amené la poursuite et la répression du plus grand nombre des cas ; l'expérience avait montré que le plus fréquemment les manœuvres étaient exercées sur une femme non enceinte.

Le nombre des prévenus suit la proportion du nombre des affaires : 434 en 1936 contre 5983 en 1942.

Les condamnations sont-elles plus sévères depuis les lois récentes ?

Les condamnations à plus d'un an de prison sont plus nombreuses en 1942 eu égard au nombre des prévenus : 1019 pour 5983 prévenus, c'est-à-dire que très sensiblement 1/5 des prévenus sont condamnés à plus d'un an de prison alors que la proportion est, avec une approximation aussi vague, de 1/10 des prévenus en 1936 (46 condamnations à plus d'un an pour 434 prévensu).

Les condamnations à moins d'un an d'emprisonnement en 1942 sont en contrepartie moins nombreuses. En 1942 leur chiffre total s'élève à 1/2 du nombre des prévenus, en 1936, aux 2/3 ; mais en valeur absolue, elles sont plus fréquentes que les condamnations à plus d'un an de prison. Le nombre des sursis a diminué d'une façon considérable : 164 sursis ont été accordés en 1936 pour 434 prévenus : en 1942 pour 5983 prévenus, on a prononcé seulement 393 sursis. Ces sursis doivent d'ailleurs avoir été appliqués pour des faits antérieurs à la loi du 14 septembre 1941 puisque celle-ci supprime radicalement l'octroi de sursis en matière d'avortement, alors qu'anté-

rieurement le Code de la famille permettait de l'accorder à la femme. Donc, on peut conclure, que les lois nouvelles ont apporté un grand nombre d'affaires devant les tribunaux grâce aux moyens nouveaux de déceler le délit, à l'assouplissement des preuves, à l'incrimination nouvelle si importante du délit impossible : les peines appliquées le plus souvent sont les peines les plus sévères, les peines de plus d'un an de prison étant relativement plus fréquemment appliquées que les peines d'amende et de moins d'un an de prison. Le sursis est de moins en moins appliqué.

N'oublions pas les condamnations à mort et aux travaux forcés prononcées récemment par le tribunal d'Etat.

N'y autait-il pas d'autres innovations souhaitables dans l'intérêt de la répression ?

Une réforme plus totale du secret professionnel, aurait amené encore un plus grand nombre d'affaires devant la justice. L'abolition du secret médical aurait évidemment rencontré l'opposition unanime des médecins mais aurait permis la découverte d'un délit si souvent ignoré en raison de sa nature et assuré ainsi une répression plus certaine du délit et une meilleure administration de la justice : les avorteurs, voyant leur chance d'impunité diminuée, hésiteraient à poursuivre en toute tranquillité leur coupable industrie.

Une mesure qui devient de plus en plus indispensable serait la création du délit de l'abandon de la fille séduite.

Beaucoup d'avortées sont des filles-mères et si elles en viennent à cette extrémité bien souvent la faute en incombe au séducteur qui abandonne sa victime. « La séduction n'est pas assimilée, en cette matière, à la violence et rentre dans les manœuvres permises et tolérées par la loi. Ne conviendrait-il pas de qualifier de délit la séduction d'une fille de 13 à 21 ans, lorsqu'elle est accomplie à l'aide de manœuvres et promesses frauduleuses et de relever des circonstances qui pourraient aggraver ce fait en raison de la qualité des inculpés »[1].

Dans notre droit pénal, le séducteur n'encourt aucune peine.

L'ancien droit estimait, d'après Jousse, que le séducteur qui avait promis mariage pouvait être sommé en justice de remplir ses engagements : la promesse est assimilée aux fian-

1. Garraud, *op. cit.*, t. IV, p. 441.

çailles et de son inexécution pouvait résulter une demande en dommages-intérêts.

Cet usage engendra des abus et fut abrogé.

Donc tout le fardeau de l'enfant retombe sur la femme : l'homme, à qui en incombe la paternité, niera toujours être l'auteur de sa grossesse.

Si la femme se fait avorter, elle encourt les rigueurs de la loi alors que l'homme qui a, dans cette affaire souvent la plus grande responsabilité peut la rejeter en toute tranquillité.

C'est pourquoi des auteurs, comme Garraud, émus de cette différence injuste de traitement, demandent la création du délit d'abandon de la fille séduite assorti d'une répression très sévère.

La réglementation de la profession de sage-femme serait une réforme souhaitable dans le sens où elle réduirait leur nombre et permettrait à chacune d'elle de se suffire par le seul exercice de leur profession.

Le projet Lannelongue [1], voté par le Sénat en 1919 avait inséré une réforme capitale : l'excuse absolutoire pour l'avortée qui dénonce ses complices. Mais le rapporteur Lafarge avait fait remarquer que la discussion de cette excuse amènerait un retard considérable au vote de la loi ; le projet fut donc retiré. Certains auteurs le déplorent et voudraient le voir incorporer à la législation nouvelle de l'avortement.

Le jour où l'impunité serait accordée à la femme dénonciatrice, il y aurait plus grand nombre d'avortements portés à la connaissance de la justice, les industries coupables des avorteurs, des « faiseuses d'anges » seraient frappées à mort : ces professionnels perdraient l'assurance de l'impunité.

L'avortée est souvent une malheureuse, digne de pitié, jetée aux mains des avorteurs sans scrupules. L'excuse absolutoire est demandée pour elle lorsque les remords de son acte, la troublent au point d'avouer son méfait et la poussent à dénoncer ses complices. C'est elle, qui au cours de l'instuction, est le témoin le plus utile, le plus apte à fournir les éléments de preuve du délit. Si elle est inculpée, en l'état actuel des textes, elle a le plus grand intérêt à nier et à cacher la vérité. L'excuse absolutoire rendrait inutile ce système de défense.

1. S. 1924.1624.

Mais n'y a-t-il pas des inconvénients à instituer cette excuse? L'avortée ne serait-elle pas parfois encline à dénoncer par vengeance celui qui a refusé de lui procurer l'avortement et à jeter le discrédit sur lui ? Ne serait-ce pas une prime au chantage ? Ces craintes sont chimériques ; la dénonciation n'est pas accueillie par le magistrat instructeur sans vérification, pour que l'excuse existe, et que l'impunité en découle, il faut que cette dénonciation soit reconnue exacte : et n'avons-nous pas l'article 400 paragraphe 2 du Code pénal qui réprime le chantage et les dénonciations calomnieuses.

D'ailleurs l'excuse absolutoire partielle existe déjà dans notre droit en matière de fraudes, de délits commis par voie d'écrits sans nom d'auteurs, dans les articles 108 et 144 du Code Pénal sur la révélation des crimes compromettant la sûreté de l'Etat et sur l'absolution des dénonciateurs de ceux qui auront falsifié le sceau de l'Etat, falsifié les billets de banque, l'article 138 qui absout le faux monnayeur qui dénonce ses complices, les articles 266 et 267 qui accordent l'excuse absolutoire à ceux qui révèlent les associations de malfaiteurs.

Cette excuse, très rarement accordée dans notre droit, n'est pas trés conforme à l'esprit français : on la considère comme la consécration d'une mesure de délation. Il est vrai que la délation perd son caractère immoral lorsqu'elle est mise au service de la sauvegarde de l'ordre public, contre l'action malfaisante des criminels. « La morale humaine dont les lois sont la base a pour objet l'ordre public et ne peut admettre au rang de ses vertus la fidélité des scélérats entre eux pour troubler l'ordre et violer les lois avec plus de sécurité »[1]. Et Diderot disait : « Rien ne peut balancer l'avantage de jeter la méfiance parmi les scélérats, de les rendre suspects et redoutables l'un à l'autre et de leur faire craindre sans cesse dans leurs complices autant d'accusateurs ».

Becaria relevait ce qu'il y a d'odieux dans la délation. Il faut vraiment un intérêt social puissant pour que la justice se détermine à provoquer l'excuse absolutoire et à en profiter pour diriger ses pas »[2].

L'excuse absolutoire, même en matière d'avortement, est

1. Berthélemy« L'académie de Médecine et la Dépopulation », *Revue politique et parlementaire*, janvier 1918.
2. Faustin et Hélie, *op, cit.*, t. II, p. 170.

tout à fait en dehors des conceptions traditionnelles de notre Code Pénal. Nous ne croyons pas que, même dans la période de crise actuelle, elle soit instaurée. Cependant, il ne faut pas se dissimuler qu'elle ferait avancer d'un très grand pas la répression de l'avortement et serait de nature par les craintes qu'elle inspirerait, à prévenir ce délit.

L'Alliance Nationale pour la repopulation dans son bulletin d'août 1942, demande encore une aggravation des peines. Ne serait-ce pas aller précisément à l'encontre de la répression ? Les parquets ne poursuivraient alors que les délits les plus graves qui mériteraient vraiment les lourdes peines demandées : et on retomberait à nouveau dans l'erreur de la législation trop sévère de 1810 : ne pas punir du tout pour ne pas trop condamner. Et comme le dit Montesquieu : « La cause de tous les relâchements vient de l'impunité et non pas de la modération des peines ».

Et en réalité, sans aller, devant les résultats obtenus, jusqu'à parler de l'impuissance de la loi en matière d'avortement, quelle est son efficacité en présence de la véritable maladie morale qui sévit actuellement parmi les peuples ?

On a bien constaté que le nombre des affaires poursuivies était plus que décuplé, que les peines effectivement appliquées étaient plus sévères, mais les statistiques indiquent encore 400.000 avortements pour toute la France. Or qu'est-ce que 2.448 affaires portées à la connaissance de la justice pour ce chiffre imposant de crimes commis chez nous ? Cette disproportion résulte de la nature du délit. L'idée d'avortement s'est à ce point ancrée et acclimatée dans les esprits qu'elle n'excite plus la répulsion : l'avortement est devenu dans la France contemporaine un fait social que son extrême fréquence a presqu'élevé au rang d'une véritable institution grâce à laquelle vit un personnel nombreux largement rémunéré, puissamment organisé.

L'avortement, dit Berthélémy [1], s'est insinué dans nos mœurs ce n'est plus qu'un péché véniel en attendant le jour où il ne sera plus qu'une peccadille, voire même l'exercice d'un droit ».

Vainement le Code punit de plus en plus sévèrement l'avortement. La femme dans les moments de désespoir où elle en

1. Berthélemy, *op. cit.*

conçoit l'idée ne raisonne plus ; la menace des peines qui la guettent, aussi sévères soient-elles, ne saurait l'arrêter dans sa décision ; et, elle espère toujours dérober son crime à la perspicacité de la justice. Peut-être la crainte d'une répression exemplaire a-t-elle une incidence plus certaine sur la mentalité des avorteurs professionnels, les amène à réfléchir et paralyse parfois ou tout au moins entrave leur action criminelle.

En réalité, l'avortement relève plus de la conscience morale de chacun que du droit. Les remèdes efficaces à ce fléau résident plus dans les modifications des tendances morales individuelles que dans les réformes législatives. « Les mœurs font de meilleurs citoyens que les lois »[1].

1. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois.*

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 25 décembre 1943,
Le Président de thèse :
Joseph DELPECH.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 25 décembre 1943,
Le Doyen de la Faculté :
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 31 décembre 1943,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

BERGSON. — *Les deux sources de la morale et de la religion*, Edit. Alcan, 1933.

CARPENTIER. — *Répertoire pratique* (1939).

CHAUVEAU (A.). HÉLIE (F.). — *Théorie du Code pénal*, Paris, 1872.

DESTRIVAUX. — *Essai sur le Code pénal.*

DONNEDIEU DE VABRES. — *Précis de droit criminel*, avec supplément, 1940.
— *Cours de droit criminel*, édit., 1943.

HÉLIE (F.). — *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, 6 vol.
— *Pratique criminelle des cours et tribunaux* Paris, 1928, 2 vol.

GARÇON. — *Code pénal annoté*, 1901-1906.

GAROFOLO. — *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 1888.

GARRAUD. — *Droit criminel*, 4e édit., 1942.
— *Droit pénal français*, 3e édit., 1913, 5 vol.

GOYET. — *Droit pénal spécial*, 3e édit., 1937 ; 4e édit., 1941.

JACQUEMET (G.). — *Dictionnaire de sociologie*, Paris, 1935.

MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois.*

LE POITTEVIN (G.). — *Dictionnaire des parquets*, 1938-1939, 2 vol.
— *Dictionnaire des parquets*, 1916, 4 vol.

ROUX (J.A.). — *Cours de droit pénal*, 1920.

SALEILLES. — « Essais sur la tentative », *Revue pénitentiaire*, 1897.

VIDAL et MAGNOL. — *Cours de droit criminel*, 8e édit.

OUVRAGES SPÉCIAUX

ALESSANDRI. — *Etude sur l'avortement et la pratique anticonceptionnelle*, 1926.

BALTHAZARD. — *Traité de médecine légale*, Paris, 1921.

BALTHAZARD et PRÉVOST. — *Une plaie sociale.*

BAUDELOQUE. — *L'art des accouchements*, 1771.

BELTRAMI. — *La provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle*, thèse droit, Aix, 1921.

BERTILLON. — *La dépopulation de la France*, 1911.

BOVERAT. — *Fécondité ou servitude*, 1941.
— *La résurrection par la natalité*, 1941.

BROUARDEL. — *Le secret médical*, 2e édit., 1893.
— *La responsabilité médicale.*
— *L'avortement criminel*, Cours de médecine légale.

HENRY (A.). — *La sanction des devoirs de famille par la législation pénale.*

GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE (H.). — *La répression de la propagande contre la natalité*, Aix, 1921.

LACASSAGNE. — *Précis de médecine légale*, 1906.

PERRAUD-CHARMANTIER. — *Le secret professionnel*, Paris, 1926.

PINARD. — *Le fœticide thérapeutique*, Grenoble.

RAITER. — *Avortement criminel et dépopulation*, thèse droit, Paris, 1925.

RIOUFOL. — *L'avortement et la provocation à l'avortement*, Toulouse, 1924.

ROY (Dr.). — *L'avortement fléau national*, édit. 1943.

SOHM. — *Etude comparative des différentes législations anti-abortives*, 1921.

TALLET. — *Les délits contre la natalité : avortement et propagande anticonceptionnelle*, thèse droit, Montpellier, 1938.

TARAKJI. — *L'avortement criminel. Etude médico-légale, juridique et psycho-sociale*, thèse droit, Toulouse, 1937.

TARDIEU. — *Etude médico-légale de l'avortement*, 4e édit., 1910.

ZANCAROL. — *L'évolution des idées sur l'avortemrnt provoqué : étude morale et juridique*, thèse droit, Paris, 1934.

NOTES DE JURISPRUDENCES ET CHRONIQUE JURIDIQUE

BOURJON. — D. 1932.162.

BOUZAT. — S. 1942.1.89.

COURTHEAUD. — *Rép. Commaille*, art. 15229.

FAUCHER. — *J.C.P.* 1942-2003 et 1853.

HUGUENEY. — *Revue de science criminelle*, 1939.

HENRY. — D. 1929.1.97.

LEBRET. — *JCP*, 1941-229 Chr.

LEBRUN. — *D.C.* 1941, J. 78.

LEGAL. — *JCP*. 1941-212, Chr. — *JCP*, 1940-1530, S. 1939.1.193.

MAGNOL. — *R.S.C*, 1938-422 ; — *JCP*, 1940-1530 ; — *JCP*, 1942-1835, 1886, 1928

PERREAU. — S. 1905.1.233 ; S. 1921.1.284.

LE POITTEVIN (G.). — *Lois nouvelles*, 1923, chr.

NAST. — *JCP*, 1942-2064.

ROUX. — S. 1923.1.89 ;S. 1921.1.235.
— *Lois nouvelles*, 1941, chr.

VILLEY. — S. 1877.1.129.

REVUES ET PÉRIODIQUES

Annales de médecine légale.
Revue pénitentiaire.
Revue scientifique.
Revue des deux mondes.
La vie intellectuelle.
Bulletin criminel.
Bulletin législatif Dalloz.
Journal officiel.
Documents parlementaires.
Journal des débats.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — L'avortement, attentat à la sureté intérieure et extérieure de l'Etat 1

PREMIÈRE PARTIE

Répression de l'avortement

CHAPITRE PREMIER

INCRIMINATION

Section I. — Structure du délit consommé 13

A. — *Délit d'avortement en général* 14

I. — *Grossesse de la femme* 14

II. — *Emploi de moyens artificiels* 15

III. — *Elément moral : intention* 17

B. — *Délit spécial de l'article* 317-4° *du Code pénal* 18

Section II. — De la tentative 22

§ 1. — *La tentative proprement dite* 22

1° Tentative d'avortement par un tiers quelconque 23

2° Tentative d'avortement par la femme sur elle-même 25

3° Délit spécial de l'article 317-4° et tentative d'avortement par les tiers qualifiés 25

§ 2. — *Délit impossible* 27

I. — *Impossibilité quant à l'objet* 28

A. — *Tentative d'avortement commise par un tiers quelconque sur une femme non enceinte* 28

B. — *Tentative d'avortement commise par la femme elle-même alors qu'elle n'est pas enceinte* 31

C. — *Tentative d'avortement commise par les professionnels énumérés à l'article* 317-4° 38

II. — *Impossibilité quant aux moyens* 39

Section III. — Cas où l'avortement n'est pas incriminé 42

Section IV. — Personnes incriminées 50

§ 1. — *Auteurs du délit. — Co-auteurs* 50

1° Les tiers 51

2° La femme 51

3° L'homme de l'art 52

§ 2. — *Complices du délit d'avortement* 54
A. — *Cas général* 54
I. — *Le tiers quelconque envisagé comme complice* 54
1° Tiers complice d'un autre tiers 54
a) Le tiers a procuré l'avortement à l'insu de la femme 55
b) Le tiers, auteur principal a agi avec le consentement de la femme 55
2° Une personne quelconque est complice de la femme .. 56
a) La femme s'est procuré l'avortement à elle-même 56
b) La femme consent à faire usage de moyens à elle indiqué ou administrés 57
3° Une personne quelconque est complice d'un technicien 61
II. — *La femme envisagée comme complice* 62
III. — *Les tiers qualifiés envisagés comme complices* 63
B. — *Complicité et habitude* 63
I. — *Complicité à un délit d'avortement pratiqué par une personne de l'article* 317-2° 63
II. — *Le complice est lui-même un délinquant d'habitude* 64

Section V. — Date d'inscrimination 65

CHAPITRE II

POURSUITES REPRESSIVES DU DELIT D'AVORTEMENT

Section I. — Dépistage du délit d'avortement 67
I. — *Action de la police* 68
II. — *Limitation du secret professionnel. — Dénonciation* 72

Section II. — Qui peut poursuivre le délit d'avortement 81
I. — *Le ministère public a l'exercice de l'action publique* 81
II. — *Droit de poursuite des syndicats médicaux et autres collectivités* 81
1° Quels sont les délits à propos desquels ces droits sont reconnus aux collectivités 82
2° Au profit de quels groupements cette action est-elle ouverte 83
A. — *Au profit des syndicats médicaux et des syndicats de sages-femmes* 83
B. — *Au profit d l'administration de l'Assistance publique et des établissements publics d'assistance* 85

Section III. — Quels sont les tribunaux compétents ? 86
I. — *Tribunal correctionnel* 86
Appendice. — Cas où l'on peut éluder la compétence du tribunal correctionnel 89
II. — *Tribunal d'Etat* 91
A. — *Quels sont les individus qui ressortissent du tribunal d'Etat* 92
B. — *Conflit de compétence* 93

Section IV. — Procédure devant les tribunaux 94
I. — *Procédure devant le tribunal correctionnel* 94
A. — *Recherche de la preuve du délit* 94
a) Expertise médicale 94
b) Limitation du secret professionnel. — Témoignage ... 95
c) Absence de preuve de la grossesse 96
d) Preuve préconstituée résultant du certificat médical en cas d'avortement thérapeutique 96
B. — *L'affaire est renvoyée devant le tribunal correctionnel Débats, huis-clos* 97
II. — *Procédure devant la Chambre des appels correctionnels* 98
III. — *Pourvoi en cassation* 98
IV. — *Procédure devant le tribunal d'Etat* 98

CHAPITRE III

PENALITES

Section I. — Peines principales 100
§ 1. — *Avortement effectué par un tiers* 101
§ 2. — *Avortement commis par la femme* 101
§ 3. — *Cas de l'homme de l'art* 102
§ 4. — *Peines infligées à l'avorteur d'habitude* 103
1° Caractère de la circonstance d'habitude 106
2° Qui peut-être délinquant d'habitude 108
3° Nombre d'actes nécessaires 108
4° Intervalle de temps qui doit les séparer 109
5° Cas où le premier avortement n'a pas été commis sous l'empire du Code de la famille 112
6° Contre qui ces actes doivent-ils être commis ? 113
7° L'habitude et l'autorité de la chose jugée 114
§ 5. — Sursis 117
§ 6. — Les récidivists et les circonstances atténuantes 118
§ 7. — Correctionnalisation légale 120

Section II. — Peines complémentaires 122
§ 1. — *Interdiction de séjour* 123
§ 2. — *Relégation* 124
A. — *Premier cas de relégation du Code de la famille* 125
B. — *Deuxième cas de relégation de l'article* 83 126

Section III. — Incapacités d'ordre professionnel 129
§ 1. — *Incapacité de l'article* 317-4° 129
1° Système de la loi du 31 juillet 1923 129
2° Personnes frappées de l'incapacité par la loi nouvelle 130
3° L'incapacité est une peine obligatoire 131

4° Point de départ de l'incapacité 131
5° Sanctions de l'infraction à l'incapacité 132
6° Sanctions se cumulant avec l'incapacité 132
§ 2. — *Interdiction d'emploi* 133
1° Généralité de cette incapacité 133
2° Nature de l'interdiction 137
3° Sanction de cette interdiction 138

Section IV. — Internement administratif 138

DEUXIÈME PARTIE

Mesures préventives destinées à empêcher l'avortement

CHAPITRE PREMIER

MESURES PREVENTIVES DE PUBLICITE DE L'AVORTEMENT

Section I. — La loi du 31 juillet 1920 144
§ 1. — *Motifs de la loi* 144
§ 2. — *Objet de la loi* 147
A. — *Etude de la provocation à l'avortement* 148
1° Provocation publique ou non publique 149
a) *Provocation publique* 149
1. Provocation publique par la parole 149
2. Provocation publique par l'écrit 152
3. Provocation publique par la publicité de cabinets médicaux 153
b) *Provocation non publique* 154
2° Provocation directe et indirecte 155
a) *Provocation directe* 156
b) *Provocation indirecte* 156
3° Provocation suivie d'effet et non suivie d'effet 157
4° Caractère du délit. — Pénalités 158
B. — *De la fourniture de moyens propres ou inaptes à procurer l'avortement* 159
1° Elément matériel 159
2° Elément intentionnel 161
Appendice. — Complicité par fourniture de moyens 163

Section II. — Délit de fourniture de moyens abortifs de l'article 91 ... 165
A. — *Elément matériel* 165
B. — *Elément intentionnel* 169
C. — *Sanctions* 170

CHAPITRE II

PROTECTION DE LA FEMME ENCEINTE ET DES ENFANTS NOUVEAU-NES

Section I. — Maisons maternelles 171

Section II. — Protection de la naissance et de la première enfance 174

I. — *L'article* 98 174

II. — *Loi du* 2 *septembre* 1931 174

III. — *Loi du* 16 *décembre* 1942 175

CHAPITRE III

MESURES SE RAPPORTANT A LA LUTTE CONTRE LES AVORTEURS

Section I. — Surveillance des maisons d'accouchement 179

§ 1. — *Autorisation d'ouverture* 180

I. — *Etablissements soumis à autorisation préalable* 180

II. — *Personnes devant demander l'autorisation* 181

III. — *Formes de la demande d'autorisation* 182

IV. — *Sanctions du défaut de demande d'autorisation ou d'inobservation de conditions* 185

§ 2. — *Surveillance des maisons d'accouchement* 187

§ 3. — *Interdiction de publicité* 189

Section II. — Diagnostic biologique de la grossesse 192

A. — *Fonctionnement des laboratoires* 192

B. — *Pénalités* 195

Conclusion 198

Bibliographie 205

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)
T W. - N° 12753 - 17-3-1944
Dépôt légal, 1er trimestre 1944.